LES SÛRETÉS FÉDÉRALES
Juin 2000

Préparé par Fraser Milner Casgrain

Table des matières

PARTIE I INTRODUCTION

PARTIE II LES DISPOSITIONS ÉGISLATIVES ET STATUTAIRES EN MATIÈRE DE SÛRETÉS
I CLASSIFICATION
II LES BANQUES ET AUTRES INSTITUTIONS FINANCIÈRES
III LES CHEMINS DE FER ET LE MATÉRIEL ROULANT
IV LES ENTREPRISES DU SECTEUR AGROALIMENTAIRE
V LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
VI IMMEUBLES FÉDÉRAUX
VII LES INDIENS ET LES TERRES RÉSERVÉES POUR LES INDIENS
VIII LES SÛRETÉS ET LES GARANTIES NON CONSENSUELLES ISSUES DE LA LÉGISLATION FÉDÉRALE
IX LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ
X LES PENSIONS ET AUTRES TYPES DE PRESTATIONS
XI AUTRES DISPOSITIONS ÉGISLATIVES PERTINENTES

PARTIE III POLITIQUE EN LA MATIÈRE ET CONCLUSION
I OBJECTIFS VISÉS PAR LE RÉGIME LÉGISLATIF FÉDÉRAL ACTUEL RELATIF AUX SÛRETÉS
II SCÉNARIOS À ENVISAGER PAR LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

ANNEXE A Résumé des dispositions législatives et réglementaires relatives aux banques et à d'autres institutions financières
ANNEXE B Résumé des dispositions législatives et réglementaires relatives aux compagnies de chemin de fer et au matériel roulant
ANNEXE C Résumé des dispositions législatives et réglementaires relatives aux entreprises agricoles et agroalimentaires
ANNEXE D Résumé des dispositions législatives et réglementaires relatives à la propriété intellectuelle
ANNEXE E Résumé des dispositions législatives et réglementaires relatives aux biens fédéraux
ANNEXE F Résumé des dispositions législatives et réglementaires relatives aux Indiens et aux terres réservées aux Indiens
ANNEXE G Résumé des dispositions législatives et réglementaires relatives aux sûretés non consensuelles
ANNEXE H Résumé des dispositions législatives et réglementaires relatives aux questions de faillite dans le contexte des sûretés fédérales
ANNEXE I Résumé des dispositions législatives et réglementaires relatives aux questions touchant les pensions et les prestations dans le contexte de sûretés fédérales
ANNEXE J Résumé des dispositions législatives et réglementaires
ANNEXE K Bibliographie

PARTIE I INTRODUCTION[1]

Les services du cabinet d'avocats Fraser Milner Casgrain ont été retenus par la Commission du droit du Canada pour réaliser une étude de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires adoptées par le gouvernement fédéral jusqu'à ce jour en ce qui a trait aux sûretés fédérales. Nous comprenons que la Commission du droit du Canada songe à recommander au Gouvernement du Canada que ce dernier envisage d'entreprendre certaines réformes dans ce domaine du droit.

Le présent rapport vise donc à réaliser les trois objectifs suivants : le premier consiste à inventorier et à décrire les diverses dispositions législatives et réglementaires fédérales en matière de sûretés; le deuxième porte sur l'opportunité d'harmoniser les diverses dispositions

constituant le régime actuel qui s'applique aux sûretés fédérales; enfin, le rapport met de l'avant des solutions de rechange que le législateur pourrait envisager en la matière, en signalant les avantages ainsi que les inconvénients rattachés à chacune des solutions considérées.

La première étape entreprise par le cabinet Fraser Milner Casgrain fut d'inventorier les diverses dispositions législatives et réglementaires fédérales en matière de sûretés. Un sommaire de ces dispositions fut ensuite dressé, et elles ont été classifiées en onze catégories générales. La onzième catégorie, apparaissant sous le titre « Divers » , a servi à regrouper les dispositions qui ne pouvaient pas commodément être classées dans l'une des autres catégories. Les sommaires de chacune de ces catégories apparaissent respectivement aux annexes A à J du rapport.

Une fois que les dispositions ont été dûment classées et résumées, une étude jurisprudentielle et doctrinale a ensuite été réalisée dans le but de cerner les forces et les faiblesses des diverses dispositions inventoriées, en dégageant au besoin des pistes à envisager dans l'éventualité d'une réforme touchant certaines d'entre elles. L'opinion des avocats du cabinet Fraser Milner Casgrain fut également sollicitée afin d'éclairer la Commission quant aux problématiques particulières liées aux dispositions législatives et réglementaires fédérales en matière de sûretés, et notamment leur incidence par rapport aux lois provinciales régissant les sûretés mobilières. Des recommandations ont ensuite été formulées en fonction des résultats des recherches réalisées par le cabinet et les opinions rendues à cet égard.

Comme on le voit à la lecture de la table des matières, la structure du rapport a été conçue en suivant le modèle obtenu grâce à la classification des dispositions en onze catégories distinctes, que l'on retrouve en annexe au rapport. La Partie III du rapport fait état des conclusions et des recommandations des auteurs quant aux réformes que l'on pourrait envisager en ce qui a trait au régime auquel les sûretés fédérales sont présentement assujetties.

PARTIE II LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES ET STATUTAIRES EN MATIÈRE DE SÛRETÉS

I. CLASSIFICATION

Il existe une vaste gamme de dispositions législatives et réglementaires fédérales en matière de sûretés. Aux fins d'analyse, elles ont été classées sous les trois grandes catégories suivantes :

Les dispositions visant la constitution ou, le cas échéant, l'acquisition d'une sûreté par une entreprise régie par une loi fédérale

Il s'agit notamment des sûretés liées aux activités des banques ou d'autres institutions financières relevant du gouvernement fédéral, des compagnies de chemin de fer et de matériel roulant, et des entreprises du secteur agricole et agroalimentaire.

Les dispositions visant la constitution ou, le cas échéant, l'acquisition d'une sûreté sur des biens régis par une loi fédérale

Il s'agit notamment des sûretés liées à la propriété intellectuelle, aux biens meubles et immeubles qui appartiennent au gouvernement fédéral, aux biens meubles et immeubles qui appartiennent aux Indiens, et aux sûretés fédérales non conventionnelles.

Dispositions diverses

Plusieurs lois fédérales interviennent dans divers domaines pour y régir les sûretés, notamment en matière de faillite, de régimes de pensions et de prestations de retraite, et aussi dans divers autres domaines.

Il convient de souligner que l'analyse qui suit ne s'est pas attardée à l'examen de certaines lois fédérales qui ont aussi pour effet de constituer ou de régir des sûretés fédérales. Il s'agit

essentiellement des sûretés constituées dans les secteurs de l'aéronautique, des produits de la pêche, de l'exploitation minière (redevances, etc.), de l'emploi, de la marine marchande, et du secteur pétrolier et gazier; les dispositions législatives et réglementaires suivantes n'ont ainsi pas fait l'objet de la présente étude :

Loi sur l'aéronautique, L.R.C. (1985), ch. A-2, art. 4 et 4.4.

Loi sur la participation publique au capital d'Air Canada, L.R.C. (1985), ch. 35 (4e suppl.), art. 8(1) a).

Loi sur la restructuration du secteur des pêches de l'Atlantique, L.R.C. (1985),

ch. A-14, art. 4(1) a) et 4(1) b).

Loi maritime du Canada,L.C. 1998, ch. 10, art. 31, 72, 80, 91,116, 117,119 et 122

Loi de mise en oeuvre de l'Accord atlantique Canada-Terre-Neuve, L.C. 1987,

ch. 3, art. 102-118.

Loi de mise en oeuvre de l'Accord Canada-Nouvelle-Écosse sur les hydrocarbures extracôtiers, L.C. 1988, ch. 28, art. 105-121.

Loi fédérale sur les hydrocarbures, L.R.C.,(1985), ch. 36 (2e suppl.), art. 84-100.

Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 45-54,148, 196, 394, 460, 461, 462, 468, 469, 472, 521, 572, 581, 584, 597, 598, 600, 602, 603, 614, 629, 672, 673, 677, 682, 684, 685, 711, 716, 720, art. 20, 21 et 22 du ch. IV de l'annexe V et art. 8 du ch. II, art. 13 du ch. III et art. 15 du ch. IV de l'annexe VI. (se reporter également aux modifications à cette loi qui, en 1998, n'étaient pas encore en vigueur (ch. 16)).

Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile,

L.C. 1996, ch. 20, art. 56(1) et 56(3).

Loi sur le cabotage, L.C. 1992, ch. 31, art. 16.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 22(2) c).

Règlement sur les canaux historiques, DORS/93-220, art. 49-51.

Loi sur l'assurance maritime, L.C. 1993, ch. 22, art. 15 et 49.

Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 111 et 114.

Loi sur l'impôt sur les revenus pétroliers , L.R.C. (1985), ch. P-12, art. 31.

II. LES BANQUES ET AUTRES INSTITUTIONS FINANCIÈRES

A. Introduction

Il existe une vaste gamme de dispositions législatives fédérales visant la constitution de sûretés par diverses institutions financières régies par des lois fédérales. Compte tenu de la diversité et de la portée de toutes ces lois, il est impossible de procéder à un examen de chacune d'entre elles dans le cadre de la présente étude. Dans la présente section, l'on retrouvera donc un

aperçu de certaines des dispositions qui, de l'avis de plusieurs, posent le plus de problèmes dans leur application. Ces dispositions ont par ailleurs été classées dans trois sous-catégories, soit : (1) les dispositions autorisant des institutions financières désignées (ou certains types d'institutions financières) à constituer des sûretés; (2) les dispositions qui visent à établir un régime de garantie sur prêt ou un régime d'assurance-prêts; et (3) les dispositions de la *Loi sur les banques*. Certaines problématiques et autres questions liées à ces dispositions sont abordées ci-après. L'annexe A dresse un sommaire des dispositions dont il s'agit.

B. Les dispositions autorisant la constitution de sûretés

Les lois fédérales qui autorisent la constitution de sûretés se rapportent, règle générale, à deux types d'institutions financières fédérales, les institutions *qui sont la propriété* du gouvernement fédéral (les sociétés de la Couronne, par exemple) et les institutions *qui sont assujetties à la réglementation* du gouvernement fédéral (par exemple, les coopératives de crédit).

L'on retrouve notamment dans la première de ces catégories les lois suivantes : la *Loi sur la Banque de développement du Canada*, 1995, ch. 28, art. 15(1); la *Loi sur la société d'assurance-dépôts du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-3, art. 10(1); la *Loi sur la société canadienne d'hypothèques et de logement*, L.R.C. (1985), ch. C-7, art. 27-28; la *Loi sur l'Association canadienne des paiements*, L.R.C. (1985), ch. C-21, art. 17; et la *Loi sur l'expansion des exportations*, L.R.C. (1985), ch. E-20, art. 10(1.1) d) et 10(6). Dans la seconde catégorie, l'on retrouve notamment les lois suivantes :la *Loi sur les associations coopératives de crédit*, 1991, ch. 48, art. 383, 395, 475, etc.; la *Loi sur les sociétés d'assurance*, 1991, ch. 47, art. 470, 500, 542.07 et 559; et la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, 1991, ch. 45, art. 419 et 458.

Compte tenu du libellé relativement limpide des dispositions mentionnées ci-dessus, peu de litiges en ont découlé. En fait, les quelques causes qui ont porté sur ces dispositions avaient plutôt pour objet d'étudier leur interaction avec les dispositions de l'article 136 de la LFI, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Ce fut notamment le cas dans l'affaire *Goodwyn* c. *La Banque fédérale de développement*, alors que la Banque fédérale de développement (la « BFD » est l'institution qui a précédé l'actuelle Banque de développement du Canada) porta en appel le rejet de sa réclamation par le syndic de faillite.[2] La BFD plaida qu'elle était un agent de la Couronne et qu'elle jouissait par conséquent du privilège prévu à l'article 136(1) j) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (l'article 107(1) j) de la *Loi sur la faillite* à l'époque), lequel confère une priorité aux réclamations de Sa Majesté du chef du Canada. Cette disposition se lit aujourd'hui comme suit (le libellé actuel est essentiellement similaire à celui de la disposition examinée dans l'affaire Goodwyn) :

136. (1) Sous réserve des droits des créanciers garantis, les montants réalisés provenant des biens d'un failli sont distribués d'après l'ordre de priorité de paiement suivant :

(...)

j) dans le cas d'un failli qui est devenu un failli avant la date prescrite, les réclamations, non mentionnées aux alinéas a) à i), de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, au prorata, nonobstant tout privilège prévu par une loi à l'effet contraire.

Il est à noter que l'alinéa 136(1) j) n'a, à toutes fins utiles, pas été abrogé et ne s'applique qu'aux faillites survenues avant le 30 novembre 1992[3]

À l'appui de son pourvoi, la BFD a cité l'alinéa 42(1) de la *Loi sur la Banque fédérale de développement* (l'ancienne disposition correspondant à l'actuel alinéa 3(4) de la *Loi sur la Banque de développement du Canada*), lequel énonce que la BFD était « ...pour l'application de la présente loi, mandataire de Sa Majesté du chef du Canada » . Le syndic plaidait notamment que, bien que l'alinéa 42(1) stipulait que la BFD était un mandataire de la Couronne, d'autres dispositions de cette loi avaient pour effet de compromettre ce statut. De plus, le syndic soumettait qu'à tout événement, la priorité conférée à l'article 136(1) j) ne visait que la Couronne, et non ses mandataires, dont la BFD.

La Division de la faillite de la Cour suprême de l'Ontario rejeta les arguments avancés par le syndic et statua que les dispositions de la *Loi sur la Banque fédérale de développement* stipulaient que la BFD était un mandataire de Sa Majesté du chef du Canada et, par

conséquent, qu'elle jouissait du rang prioritaire prévu à la *Loi sur la faillite*. Il convient de souligner que les mêmes arguments ont été considérés par le tribunal dans *re Forte* (1984) 46 O.R. (2d) 199 (C.S. Ont.), et une décision analogue fut rendue par la Cour.[4]

Cette jurisprudence a des conséquences considérables en ce qui a trait aux institutions financières appartenant au gouvernement fédéral, puisqu'elle donne à entendre que toute institution financière appartenant au gouvernement fédéral et qui est désignée comme étant un mandataire de Sa Majesté du chef du Canada bénéficie du rang prioritaire conféré à l'article 136(1) j). Parmi les institutions financières jouissant du statut de mandataire de Sa Majesté du chef du Canada, signalons la Banque de développement du Canada (*Loi sur la Banque de développement du Canada*, alinéa 3(4)), la Société d'assurance-dépôts du Canada (*Loi sur la Société d'assurance-dépôts du Canada*, alinéa 3(2)), la Société canadienne d'hypothèques et de logement (*Loi sur la Société canadienne d'hypothèques et de logement*, alinéa 5(1)), et la Société d'expansion des exportations (*Loi sur la Société d'expansion des exportations*, à l'article 18). Ceci exclurait cependant l'Association canadienne des paiements(l'alinéa 3(2) de la *Loi sur l'Association canadienne des paiements* précise en effet que cette association n'est pas mandataire de Sa Majesté du chef du Canada).

C. Les dispositions qui visent à établir un régime de garantie sur prêt ou un régime d'assurance-prêts

Les dispositions fédérales en matière de garantie sur prêt et d'assurance-prêts ont récemment fait l'objet de vives critiques. Les régimes de garantie sur prêt et d'assurance-prêts établis respectivement aux termes de la *Loi fédérale sur les prêts aux étudiants* et de la *Loi sur le financement des petites entreprises du Canada*[5] ont été qualifiés d'inadéquats par plus d'un auteur. Examinons de plus près l'essentiel de leurs doléances à l'égard de ces régimes.

1. La*Loi fédérale sur les prêts aux étudiants*

En ce qui concerne les prêts aux étudiants, il convient de rappeler que ces prêts sont généralement consentis lorsque la personne qui en bénéficie n'a aucun revenu ni actif quelconque, et ne serait donc pas admissible à un prêt en vertu des critères habituels régissant ce domaine. Grâce au prêt étudiant, le bénéficiaire du prêt peut poursuivre des études post-secondaires, ce qui devrait en principe lui permettre d'augmenter sa capacité de gagner un revenu. Le prêt étudiant doit en principe être remboursé à même les revenus gagnés par l'étudiant une fois ses études post-secondaires terminées, les sommes ainsi remboursées étant prêtées à nouveau à d'autres étudiants.[6]

Comme l'on pouvait s'y attendre, le taux de défaut de paiement chez les étudiants est extrêmement élevé. En vertu de l'article 7 de la *Loi fédérale sur les prêts aux étudiants*, les banques à charte (lesquelles sont présentement responsables de l'administration quotidienne du programme aux termes d'une entente conclue entre elles et le gouvernement fédéral en 1995) peuvent être indemnisées par le gouvernement fédéral à la suite du défaut de paiement d'un étudiant, si les conditions prescrites sont réunies.[7] En outre, l'article 29 du Règlement prévoit que lorsque le gouvernement fédéral indemnise un prêteur en vertu de l'article 7 de la Loi, le prêteur en cause doit, pour le compte de Sa Majesté, prendre les mesures raisonnables pour le recouvrement des paiements au titre du principal et de l'intérêt et pour la réalisation des garanties.[8]

En 1992, les dettes envers la Couronne ont de façon générale perdu leur statut privilégié dans les affaires de faillite. En conséquence, les prêts aux étudiants sont maintenant des créances ordinaires, sans priorité aucune par rapport aux autres dettes non garanties du failli. Cependant, malgré qu'un prêt étudiant soit maintenant une créance ordinaire dans le contexte d'une faillite, les tribunaux se montrent de plus en plus réticents à accorder une libération absolue lorsque le prêt étudiant constitue une partie importante du passif du failli. Du même souffle, les tribunaux ont souvent souligné que l'existence d'un prêt étudiant n'était qu'un seul facteur parmi plusieurs dont il convient de tenir compte lors de l'enquête sur la libération d'un failli. Parmi ces autres facteurs à considérer, signalons le fait que le failli travaille ou non, ses perspectives d'emploi, ses revenus et, parfois, l'âge et l'état de santé du failli.[9]

Les ordonnances de libération varient considérablement d'une province à l'autre.[10] Par exemple, en Colombie-Britannique, les tribunaux exigent en moyenne le paiement de versements sur une période de trois ans, et accordent aux faillis une libération sur-le-champ s'ils consentent à jugement selon les montants stipulés à l'ordonnance. Dans les provinces de l'Atlantique et en Alberta, les ordonnances prévoient généralement le paiement de versements

sur une période de cinq à six ans, mais autorisent aussi les libérations sur confession à jugement. Par contre, en Saskatchewan, les périodes de remboursement semblent les plus longues, alors que les ordonnances de libération sont souvent assorties de l'obligation d'effectuer des versements sur une période de six à huit ans, même quinze ans dans un cas précis. De plus, les tribunaux de la Saskatchewan n'autorisent pas les faillis à consentir à jugement avant qu'ils n'aient démontré une certaine fiabilité sur le plan des versements effectués, faisant en sorte que la situation de ces faillis demeure précaire pendant assez longtemps.

En plus de ces incongruités régionales, l'administration du régime fédéral des prêts aux étudiants croule sous le poids des contraintes financières considérables résultant du taux de défaut de paiement sans cesse plus haut que l'on constate au chapitre des prêts aux étudiants. Afin d'être compensées pour les risques bancaires accrus, les banques à charte canadiennes qui participent au programme (la Banque de la Nouvelle-Écosse, la Banque Royale du Canada et la Banque Canadienne Impériale de Commerce) ont récemment cherché à renégocier l'entente conclue avec le gouvernement fédéral. Selon ce qu'en disent les médias[11], le gouvernement fédéral offrait d'augmenter le montant annuel versé à ce titre, soit de 50 à 75 millions de dollars (selon la Banque en cause) à hauteur de 155 millions de dollars par année pour les banques participantes afin de les compenser pour les risques accrus. Les sommes offertes ont été jugées insuffisantes par ces banques, et l'offre rejetée.

À la suite de l'échec des négociations entre le gouvernement et les banques, le ministère du Développement des ressources humaines Canada (« DRHC »), le ministère dont relève le programme des prêts aux étudiants en vertu de la *Loi fédérale sur les prêts aux étudiants*, a annoncé au mois de mars cette année qu'elle assumerait à nouveau la responsabilité du programme à compter du 1er août 2000 (la date d'échéance de l'entente quinquennale intervenue avec les trois banques participantes actuelles). Selon les dirigeants de ces banques, il en coûterait quelque 250 millions de dollars par année au gouvernement fédéral s'il procède de cette façon.[12] Selon nos informations, il semblerait qu'au moment d'écrire ces lignes Développement des ressources humaines Canada se préparait à demander des expressions d'intérêt de la part d'institutions financières étrangères.

2. La *Loi sur le financement des petites entreprises du Canada*

La *Loi sur le financement des petites entreprises du Canada* fut adoptée en décembre 1998 afin de remplacer le programme instauré en 1961 pour favoriser les prêts aux petites entreprises aux termes de la *Loi sur les prêts aux petites entreprises*..[13] Le principal objectif de cette loi est d'accroître l'accessibilité au financement afin de favoriser l'établissement, l'essor, la modernisation des petites entreprises et l'amélioration de leur situation. En vertu de l'article 5, le ministre est tenu d'indemniser un prêteur admissible au sens de la Loi pour un certain pourcentage des pertes qui lui sont occasionnées à cause du défaut de paiement des emprunteurs, pourvu que le prêteur ait respecté les conditions prescrites en vertu de la Loi et des règlements qui s'y rapportent. Le règlement énonce les méthodes et les conditions précises s'appliquant à l'octroi et à la gestion des prêts visés par la Loi, et notamment en ce qui concerne la formulation et les éléments justifiant les demandes d'indemnisation visant les pertes encourues sur les prêts consentis après le 31 mars 1999.[14]

En vertu de l'article 8 du Règlement le prêteur doit, pour l'octroi et l'administration d'un prêt octroyé aux termes de cette loi, suivre les mêmes procédures qui s'appliquent à un prêt ordinaire. L'article 8 stipule notamment que certaines obligations en matière de diligence raisonnable incombent au prêteur avant l'octroi d'un prêt en vertu de ce régime. En outre, il est prévu à l'article 14 que le prêteur « ...doit, au moment de consentir un prêt visé aux alinéas 5 (1)a),b) ou c), exiger une sûreté de premier rang valable et exécutoire constituée sur les éléments d'actif de la petite entreprise qui seront achetés ou améliorés au moyen du prêt » .

Essentiellement semblable au programme des prêts aux étudiants, le programme institué en vertu de la *Loi sur le financement des petites entreprises du Canada* a connu lui aussi son lot de critiques depuis quelques années, également en raison du taux de défaut de paiement des bénéficiaires de tels prêts. En effet, selon les statistiques fournies par Industrie Canada dans son rapport annuel publié au mois de mars cette année, la valeur globale des sommes versées aux banques en vertu de l'article 5 de la *Loi sur le financement des petites entreprises du Canada* s'est accrue considérablement depuis l'exercice 1993-1994 (environ 32 millions de dollars), passant à quelque 221 millions de dollars pour l'exercice 1998-1999.[15] Pendant ce temps, le montant de l'ensemble des prêts octroyés en vertu des deux programmes, celui des prêts aux étudiants et celui des prêts aux petites entreprises, a diminué pour s'établir à 1,6

milliards de dollars pour l'exercice 1998-1999, alors qu'il était de 2.5 milliards de dollars pour l'exercice 1993-1994.

Dans ce même rapport, l'on attribue l'augmentation constatée au chapitre du taux de défaut de paiement aux critères moins rigoureux appliqués à l'égard des prêts octroyés en vertu du programme entre 1993 et 1995 (soit avant l'adoption de la *Loi sur le financement des petites entreprises du Canada*), et aussi à une augmentation sur le plan de la valeur moyenne des prêts. Il convient toutefois de souligner que malgré l'augmentation de la valeur moyenne des prêts consentis en vertu du programme, passant de 58 794 $ en 1993-1994 à 71 549 $ en 1998-1999, le nombre des prêts octroyés a quant à lui chuté de 43 351 à 22 278.[16]

De plus, le programme de prêts aux petites entreprises est la cible de diverses activités criminelles. Au cours des trois dernières années, la GRC a réalisé quelque 70 enquêtes sur des allégations de fraudes, notamment par la production de documents frauduleux par certains bénéficiaires de prêts, visant l'achat d'équipement en vue de se qualifier pour l'obtention d'un prêt en vertu du programme. L'adoption de l'article 8 du Règlement vise effectivement à résorber ce problème, alors qu'il impose aux banques l'obligation de faire preuve du même degré de diligence raisonnable qu'à l'égard de leurs prêts conventionnels avant d'octroyer un prêt en vertu de ce programme. Malheureusement, compte tenu du montant moyen relativement peu élevé de ce type de prêts (71 549 $ pour l'exercice 1998-1999), les avantages économiques ne justifient pas l'engagement des frais que nécessiteraient des enquêtes approfondies sur la véracité des renseignements fournis par les personnes qui demandent de tels prêts..[17]

D. Les garanties constituées en vertu de la *Loi sur les banques*

1. Résumé des dispositions de l'article 427

L'article 427 est certes la disposition la plus importante et aussi la plus controversée de la *Loi sur les banques* ayant trait aux sûretés fédérales. En résumé, l'alinéa 427(1) autorise les banques à charte à consentir des prêts ou avances de fonds à certaines catégories d'emprunteurs moyennant garantie portant sur certains biens précisés au même article, au moyen d'un acte de cession établi en la forme prescrite, signé par l'emprunteur et remis à la banque. L'alinéa 427(2) stipule que la remise à la banque du document lui accordant, en vertu du présent article, une garantie sur les biens donnés en garantie, confère à la banque, en ce qui concerne les biens visés, les mêmes droits que si la banque avait acquis un récépissé d'entrepôt ou un connaissement visant ces biens ou, selon le type de biens grevés, un privilège de premier rang sur ces biens pour la somme garantie.

La cession consentie par l'emprunteur n'est pas elle-même enregistrée. En vertu de l'alinéa 427(4), on doit enregistrer plutôt un préavis établi en forme réglementaire, énonçant l'intention de l'emprunteur de consentir une sûreté en vertu de l'article 427.[18] Le préavis doit être enregistré au bureau approprié de la Banque du Canada dans les trois années avant la date à laquelle l'acte de cession constituant la garantie fut signé et remis à la banque. Le bureau approprié de la Banque du Canada est celui situé dans la province dans laquelle est situé le principal établissement ou la place d'affaires de l'emprunteur.

Le préavis doit être signé par l'emprunteur, et n'a pas à faire mention du montant principal du prêt qui en fera l'objet ni même de la nature des biens affectés à la garantie. En réalité, le simple fait de l'enregistrement d'un préavis ne signifie pas nécessairement qu'une sûreté en vertu de l'article 427 a été constituée ni qu'elle sera effectivement constituée par l'emprunteur. Il n'y a aucune limite au nombre de cessions en vertu de l'article 427 pouvant être consenties par un emprunteur dans les trois ans suivant l'enregistrement du préavis. L'alinéa 427(4) prévoit par ailleurs qu'à défaut d'enregistrer le préavis prescrit, Par ailleurs, si un préavis n'est pas enregistré, l'alinéa 'il n'y a pas enregistrement du préavis, les droits et pouvoirs de la banque sur les biens affectés à la garantie sont inopposables aux créanciers du donneur de garantie et à ceux qui de bonne foi, par la suite, prennent une hypothèque sur les biens affectés à la garantie ou les achètent.[19]

Afin de dégager la garantie, la banque doit enregistrer un certificat de dégagement au bureau approprié de la Banque du Canada où le préavis a été enregistré, tel que prescrit au paragraphe b) de l'alinéa 427(4). Ceci annule de façon permanente le préavis visé par le certificat de dégagement; ce mécanisme ne permet pas de suspendre provisoirement un préavis. Dans l'affaire re Weiss Air Sales Ltd.,[20] une banque avait enregistré un certificat de dégagement afin de faciliter la vente projetée par un débiteur de ses biens en inventaire. La vente projetée

n'ayant pas pu se réaliser, la banque a voulu remettre en vigueur sa garantie en enregistrant un nouveau préavis. Toutefois, aucune nouvelle cession n'avait été consentie et aucun montant supplémentaire n'a été fourni au débiteur. Le tribunal statua que l'annulation du premier préavis avait effectivement dégagé la garantie constituée en vertu de l'article 427 et que, par conséquent, à la suite d'un défaut subséquent de la part du débiteur elle n'était pas en droit de réaliser sa garantie en procédant à la saisie de l'actif du débiteur, car elle n'était alors qu'un créancier ordinaire. Le tribunal a affirmé que, malgré l'institution par d'autres systèmes régissant les sûretés de mécanismes permettant la suspension temporaire de privilèges, de charges ou de nantissements, ou encore la réorganisation du rang des diverses créances, un tel mécanisme n'existait pas sous l'empire de la *Loi sur les banques*. .[21]

2. Analyse

Plusieurs auteurs se sont penchés sur les dispositions de la *Loi sur les banques* relatives aux garanties.[22]

Sans chercher à reproduire les analyses antérieures, la présente section se veut un survol de certaines questions et problématiques relevées au fil des ans relativement à ces dispositions.

Les auteurs et autres juristes spécialisés ont relevé les difficultés générales suivantes, entre autres, liées à l'application du régime prévu par la *Loi sur les banques* en matière de garanties. [23]

L'emphase indue sur la notion de propriété

La validité des garanties en vertu de l'article 427 est fondée sur une perspective mettant l'accent sur la propriété des biens grevés. Par exemple, en vertu des paragraphes a) et b) de l'article 427(2), afin qu'une banque puisse jouir des droits afférents à une garantie consentie en vertu de l'article 427, le donneur de garantie doit être le « propriétaire » des biens grevés, soit au moment de la remise du document, soit avant l'abandon de la garantie par la banque. Il semblerait donc qu'une banque ne peut acquérir une garantie ou sûreté valide à l'égard des biens visés que si le débiteur est effectivement « le propriétaire » des biens donnés en garantie au moment de la constitution de la garantie ou sûreté visée à l'article 427. Par ailleurs, l'alinéa 2 a) de la *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario stipule que « ... la présente Loi s'applique à (...) l'opération qui, quels que soient (...) et le propriétaire du bien grevé, constitue dans son essence une sûreté » . (Ceci étant dit, il convient de souligner que la jurisprudence a considérablement atténué la nature fondée sur la propriété caractérisant les garanties constituées en vertu de la Loi sur les banques, dont la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, infra).

L'incertitude quant au droit de préférence entre les garanties en vertu de l'article 428(1) et les sûretés régies par les lois provinciales sur les sûretés mobilières

Dans l'arrêt *Rogerson Lumber Co.* v. *Four Seasons Chalet Ltd.*,[24] la Cour d'appel de l'Ontario a statué que l'article 428(1) de la *Loi sur les banques* ne primait pas par rapport à une clause prévoyant la conservation de la propriété des biens prévue dans un contrat de vente conditionnelle assujetti à la *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario, peu importe si le nantissement du prix d'achat soit devenu opposable en vertu de la *Loi sur les sûretés mobilières*. La Cour d'appel a également opiné que la règle de priorité au premier déposant ne s'appliquait pas à une garantie visée à l'article 427 de la *Loi sur les banques*. Toutefois, des décisions à l'effet contraire ont été rendues en Saskatchewan.[25] Il subsiste donc une certaine incertitude quant au droit de préférence entre les garanties en vertu de l'article 428(1) et les sûretés des lois provinciales sur les sûretés mobilières.

Le caractère anachronique de l'article 427

D'après certains auteurs, le régime actuel des garanties en vertu de la *Loi sur les banques* n'est pas en harmonie avec les pratiques commerciales de notre époque à l'effet de conférer à certains types de créanciers garantis un statut particulier. Les provinces ont toutes adopté des lois relatives aux sûretés mobilières reconnaissant, notamment, que le créancier en vertu d'un nantissement du prix d'achat (le vendeur impayé relativement à l'achat de certains types de biens, ou la personne qui finance un tel achat, par exemple) devrait avoir droit à une sûreté grevant les biens ainsi achetés ou financés, dont le rang primerait sur toutes les autres garanties ou sûretés consenties par ce même débiteur, sous réserve de l'accomplissement des formalités

prescrites. En plus de présenter le risque de ne pas procurer une protection convenable des droits de certains créanciers, cette absence de reconnaissance dans la *Loi sur les banques* d'un statut particulier pouvant être conféré à certaines catégories de créanciers a un effet néfaste à l'égard des emprunteurs cherchant à obtenir un financement particulier auprès d'une institution avec laquelle il n'effectue pas l'essentiel de ses transactions bancaires.

L'absence de caractéristiques spécifiques

Les lacunes à cet égard du régime instauré en vertu de la *Loi sur les banques* relèvent essentiellement des quatre facteurs suivants :

a) De nos jours, les transactions commerciales exigent des banques qu'elles soient en mesure d'obtenir des garanties non seulement sur les stocks et les comptes créditeurs provisionnés grâce à la vente des stocks de leurs débiteurs, mais également à l'égard d'autres types de biens. Règle générale, sauf en ce qui concerne quelques catégories de biens spécifiques, la *Loi sur les banques* interdit de telles pratiques et, par conséquent les banques doivent enregistrer leurs droits en vertu du régime provincial pertinent afin de constituer les sûretés requises.

b) Une garantie en vertu de la *Loi sur les banques* ne peut être constituée qu'à l'égard de certains types d'emprunteurs. Bien que le nombre d'emprunteurs admissibles à ces conditions ait augmenté au fil des décennies, aucun motif n'a été avancé permettant de justifier l'exclusion de quelque catégorie d'emprunteur que ce soit. En pratique, ceci pousse les banques à enregistrer leurs droits en vertu des régimes provinciaux pertinents. Par ailleurs, les garanties en vertu de la *Loi sur les banques* ne sont consenties qu'au bénéfice d'un seul type d'institution prêteuse, soit les banques. L'opposabilité d'une cession visant une garantie en vertu de la Loi sur les banques à une institution autre qu'une banque est incertaine, notamment en ce qui concerne le crédit rotatif consenti après la cession d'un tel droit.

c) Une garantie en vertu de la *Loi sur les banques* ne peut être constituée qu'à l'égard d'un prêt consenti pour le présent ou l'avenir, et non sur quelque autre obligation. Ainsi, une telle garantie ne peut être constituée à l'égard d'une obligation découlant d'une autre garantie ni de quelque autre type d'obligation antérieure à la garantie constituée en vertu de la *Loi sur les banques*. Voilà une autre raison motivant les banques à constituer des sûretés en vertu des lois provinciales régissant les sûretés mobilières.

d) Selon une certaine jurisprudence, seul une entité légalement constituée peut donner des biens en garantie en vertu de la *Loi sur les banques*.[26] Ceci signifierait donc qu'il serait en principe interdit à d'autres formes d'entreprises, par exemple les sociétés de personnes, les sociétés en commandite, ainsi que les associations, organismes, consortiums, coentreprises, fiducies et syndicats non constitués en personne morale, de donner leurs biens en garantie aux termes de la *Loi sur les banques*. Dans de telles circonstances, les banques doivent encore là constituer des sûretés en vertu des lois provinciales régissant les sûretés mobilières.

La pratique du double enregistrement et de la double documentation

Une autre technique adoptée par les banques pour se protéger au maximum consiste à obtenir de leurs clients, lorsque les circonstances le permettent, une sûreté mobilière conformément à la loi provinciale applicable, ainsi qu'une garantie en vertu de l'article 427. L'effet de cette double documentation n'a pas encore été considéré en Ontario, mais cette pratique semble avoir été acceptée en Saskatchewan.[27] Toutefois, les auteurs ne s'accordent pas sur l'effet juridique d'une telle double documentation.[28] En particulier, Il existe une grande incertitude relativement à la question à savoir s'il est possible pour un créancier garanti de détenir des sûretés successives dans un seul et même bien grevé qui est visé par deux régimes de sûretés mobilières et de garanties incompatibles, et dans l'affirmative, si la banque doit opter pour ne retenir que l'une ou l'autre de celles-ci, et à quel moment si elle peut effectivement exercer un tel choix dans les circonstances.[29]

III. LES CHEMINS DE FER ET LE MATÉRIEL ROULANT

A. Lois et dispositions législatives pertinentes

La constitution de sûretés sur les chemins de fer et le matériel roulant est essentiellement régie par deux lois fédérales. Les dispositions pertinentes de celles-ci sont consignées à l'annexe B du présent document. Tout d'abord, la *Loi sur les transports au Canada*[30] (la « LTC »), établit un régime en vertu duquel l'hypothèque constituée par la compagnie de chemin de fer, de même que l'acte de cession ou tout autre document qui a une incidence sur l'hypothèque peuvent être déposés au bureau du registraire général du Canada; un avis du dépôt devant être publié dans la Gazette du Canada sans délai.[31] En vertu de l'article 105 de la même loi, les hypothèques, actes de cession et autres types de sûretés se rapportant au matériel roulant sont également assujetties à ce régime. Enfin, l'article 106 de la même loi stipule que les administrateurs de la compagnie de chemin de fer qui est insolvable peuvent dresser un projet de concordat entre celle-ci et ses créanciers et le déposer à la Cour fédérale, et cette dernière peut interdire toute action contre la compagnie de chemin de fer selon les modalités qu'elle juge indiquées. Cet article autorise néanmoins, à certaines conditions, tout créancier à prendre possession du matériel roulant de celle-ci en sa qualité de créancier, au titre d'un gage, d'une hypothèque ou d'un dépôt, ou de locateur ou vendeur sous condition, comme fiduciaire ou autrement.

En vertu de la *Loi sur la commercialisation du CN [32]* , le ministre peut, avec l'agrément du ministre des Finances, conclure avec le CN ou toute autre personne des accords ou autres ententes sur l'acquisition, la détention, le paiement, la cession ou l'acquittement des dettes, créances ou obligations du CN ou des sûretés données par le CN.

Le ministre est en outre autorisé à conclure des ententes afin de se départir des actions du CN ou pour en assurer la gestion, et à prélever sur le Trésor les fonds relatifs à la gestion des sûretés constituées ou données par le CN.

B. Le régime actuel d'enregistrement des sûretés

Les articles 104 à 106 de la *Loi sur les transports au Canada* sont les principales dispositions régissant les sûretés constituées sur le matériel roulant. Ces dispositions instituent un système de registre unique, présentement établi à Ottawa sous la responsabilité du ministère de l'Industrie et de la Direction générale des corporations. Le système de registre centralisé créé en vertu de ces dispositions soulève un certain nombre de considérations en ce qui concerne la constitutions de sûretés sur des chemins de fer et du matériel roulant.

1. La validité, le rang prioritaire et la réalisation des sûretés

La loi ne précise en effet aucun moyen permettant d'assurer le maintien de la validité, le rang prioritaire ou la réalisation des sûretés ainsi enregistrées. En effet, les articles 104 et 105 de la loi précisent les modalités d'enregistrement et de dépôt au registre central des documents établis à l'égard de ces sûretés. Toutefois, Industrie Canada semble elle-même ne pas être assurée de la validité du dépôt de ces documents. Ainsi, l'énoncé de politique 16.1 d'Industrie Canada précise ce qui suit à ce sujet :

[5.02] En acceptant un dépôt sur le fondement de l'article 104 ou 105 de la LTC, le registraire ne donne aucun avis sur la validité substantielle du document en cause. Par conséquent, l'acceptation et l'enregistrement d'un document par le registraire aux termes de l'article 104 de la LTC ne garantit pas qu'il s'agit d'une hypothèque [ni qu'il constate un accord de garantie portant sur du matériel roulant] aux fins de la loi.[33]

En outre, les dispositions de la loi ne sont guère plus rassurantes quant au rang prioritaire des actes établissant les sûretés déposés à ce registre. Alors que l'article 104 ne précise rien quant à l'opposabilité aux tiers, l'article 105(3) précise par contre

« qu'une fois déposé, le document est opposable aux tiers » . Bien que cette affirmation semble suggérer la création d'un système de priorité de créances, au moins dans le cas du matériel roulant, Industrie Canada maintient un silence étonnant à ce sujet. L'énoncé de politique 16.1 va jusqu'à préciser que le registre n'établira aucun rang en ce qui a trait à la priorité des documents qui y sont déposés.[34]

Ce mécanisme d'enregistrement suscite de l'incertitude quant à la nécessité pour les créanciers de procéder également à l'enregistrement de leurs sûretés auprès des registres établis en vertu des lois provinciales sur les sûretés mobilières. En vertu des articles 104 et 105 de la loi, une fois dûment déposés les hypothèques, actes de cession et autres types de sûretés auprès du

registre, ce dépôt « rend facultatif le dépôt, l'enregistrement et le classement requis par toute autre loi à cet effet » .[35]

Les formalités de publicité doivent également avoir été complétées pour donner plein effet au mécanisme d'enregistrement, semble-t-il, en vertu des étapes mentionnées dans la LTC. Là encore, Industrie Canada demeure équivoque à cet égard, affirmant dans l'énoncé de politique 16.1 qu'il « semble » que le libellé des dispositions de la loi rend facultatif l'enregistrement des documents auprès du registre provincial des sûretés mobilières, mais précisant en même temps que « ... la décision de déposer un document au seul palier fédéral appartient entièrement à l'usager » .[36]

Il n'en demeure pas moins que l'incertitude subsiste quant à l'enregistrement et au rang prioritaire de ces sûretés. Par exemple, la LTC ne prévoit rien en ce qui a trait à la préséance, le cas échéant, d'un acte qui aurait été enregistré uniquement dans le registre fédéral, par rapport à un autre qui n'aurait été enregistré *uniquement* dans un registre provincial de sûretés mobilières, mais *avant* l'enregistrement du premier document dans le registre fédéral. La loi demeure également muette quant à savoir si un créancier jouit d'une plus grande protection si l'acte est enregistré dans les registres des deux paliers de gouvernement. Il existe donc un conflit potentiel entre les actes enregistrés en vertu des deux régimes.

Quant au pouvoir constitutionnel du gouvernement fédéral en la matière, ce dernier jouit du pouvoir de légiférer en ce qui a trait aux chemins de fer et aux sûretés y afférentes en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* .[37] En effet, la compétence du gouvernement fédéral en la matière est certes une question qui n'est pas « de nature privée ou locale » . De plus, les questions relatives aux chemins de fer sont expressément soustraites à la compétence des provinces en vertu de l'article 92 de la loi.

La jurisprudence nous éclaire quelque peu quant à la compatibilité de la législation provinciale sur les sûretés mobilières et les lois visant les sûretés grevant des chemins de fer.

Dans l'affaire *Zygocki et al. v. Hillwood*[38], le juge Van Camp devait statuer sur la validité d'une hypothèque grevant un terrain affecté à un chemin de fer. L'hypothèque avait été imposée conformément aux dispositions de l'article 77 de la *Loi sur les chemins de fer* [39], laquelle précéda l'actuelle *Loi sur les transports au Canada*. Lors de l'audition de la cause, l'hypothèque litigieuse avait déjà 40 ans d'existence. La question cruciale était à savoir si l'hypothèque était encore valide à l'égard du terrain affecté au chemin de fer, car elle datait de plus de 40 ans, enfreignant ainsi les dispositions de la Loi sur l'enregistrement des actes.[40]

Le juge Van Camp, après avoir examiné la législation fédérale et provinciale en la matière, s'exprima en ces termes :

"...it is to be presumed that the Province did not intend to enact legislation in conflict with the statute of the Dominion Parliament within its undoubted jurisdiction...if there is conflict, the Dominion legislation prevails..."

et

"However, where the legislation has been dealing with different subject matters, and where the legislation of the Province relates to companies generally and has been passed for purposes on which the Province has authority to legislate, the provincial legislation will apply to Dominion companies if it is not directed to interfering with status and preventing exercise of powers."[41]

Le tribunal statua qu'il y avait lieu de radier l'hypothèque de plus de 40 ans, puisque son existence continuerait à constituer une violation des principes établis dans la Loi sur l'enregistrement des actes. Le tribunal a donc estimé que les législations fédérale et provinciale étaient complémentaires.

Ainsi, les commentaires du juge Van Camp laissent entendre que les tribunaux *pourraient* être portés à décider que la *Loi sur les transports au Canada* a préséance sur la législation provinciale sur les sûretés mobilières, estimant que la loi fédérale vise des matières qui sont de la compétence exclusive du gouvernement fédéral (mais il n'existe à ce jour aucun fondement jurisprudentiel avalisant cette hypothèse). Il semblerait plutôt que les tribunaux auront

tendance à décider selon le mérite des faits de chaque cause à la fois afin de conclure à la préséance de la législation fédérale ou de la législation provinciale. Malheureusement, ceci ne fait qu'amplifier l'incertitude suscitée par le régime actuel.

La législation provinciale en matière de biens fonds (notamment la *Loi sur l'enregistrement des actes (Ontario)* et la *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers (Ontario)*[42]) comporte également des dispositions traitant des sûretés portant sur des chemins de fer. Par exemple, l'article 44(1) de la *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers* stipule notamment que le bien-fonds enregistré est grevé des responsabilités et des droits précisés à cet article et auxquels il peut être assujetti, dont les droits qui peuvent être créés par un acte déposé au bureau du Registraire général du Canada aux termes de la *Loi sur les chemins de fer*. En vertu de cet article, si le propriétaire antérieur du bien-fonds était une compagnie de chemin de fer, les droits enregistrés en vertu de la *Loi sur les chemins de fer* ne seraient opposables que si un acte attestant de la propriété antérieure du bien-fonds par une compagnie de chemin de fer avait été dûment été porté au registre des droits immobiliers. L'article 113(5) de la *Loi sur l'enregistrement des actes (Ontario)* est sensiblement au même effet, prévoyant notamment que les articles de cette loi visant les avis de réclamation ne s'appliquent pas à une réclamation d'une personne morale autorisée à construire ou à exploiter un chemin de fer, ni aux biens-fonds utilisés ou acquis aux fins d'exploiter un chemin de fer. La jurisprudence n'a pas encore été appelée à trancher entre la préséance du rang de ces créances enregistrées tantôt en vertu de la LTC, tantôt en vertu de la législation provinciale précitée portant sur les droits immobiliers. Il appert toutefois que les lois provinciales reconnaissent effectivement le caractère unique des biens liés aux chemins de fer; l'ajout de précisions quant aux effets de ces lois en ce qui concerne l'enregistrement des droits en vertu de la LTC contribuerait à clarifier le statut du régime visant les sûretés mobilières liées aux chemins de fer.

2. Le mécanisme d'enregistrement

Le mécanisme d'enregistrement établi aux termes de la LTC est intrinsèquement un mécanisme inadéquat. En effet, il appert à la lecture de l'article 104 de cette loi que cette disposition ne vise qu'à publiciser, au bénéfice des tiers, l'existence d'hypothèques sur les biens mentionnés, et non à instituer un mécanisme aux fins d'enregistrement des titres de propriété relatifs à ces biens. Par contre, l'article 105 de cette même loi, traitant de divers documents portant sur le matériel roulant, porte sur l'enregistrement de divers titres de propriété, attestant notamment de la vente d'un bien ou encore de la vente conditionnelle d'un bien. La LTC ne stipule aucune garantie quant aux renseignements qui sont consignés à ce registre, si ce n'est qu'aux fins d'aviser les tiers de l'existence de tels droits. Par ailleurs, l'Énoncé de politique 16.1 précise que le système d'archivage établi en vertu de la LTC ne dispose d'aucun répertoire ni de quelque autre caractéristique propre à un mécanisme d'enregistrement de droits mobiliers ou immobiliers.[43]

De plus, le registre actuel est n'est pas très commode pour les créanciers désirant y enregistrer leurs droits ou y effectuer des recherches. Le registre est situé à Ottawa, et les dépôts y sont faits par courrier, par télécopieur ou en se présentant en personne. Une fois un document reçu par le registre, une confirmation et une attestation sont transmises par la poste à la partie ayant effectué le dépôt, plus ou moins cinq jours après la date du dépôt du document. Partant, il est impossible pour une partie ayant déposé un document d'obtenir une confirmation immédiate de la validité et de l'opposabilité des documents enregistrés. Les recherches requises peuvent même prendre quelques mois avant d'apparaître au système. Ceci fait en sorte qu'une partie intéressée doive nécessairement consulter le « carnet quotidien » d'Industrie Canada pour vérifier si des sûretés y ont récemment été inscrites. Ce qui plus est, il est difficile d'effectuer efficacement des recherches dans ce registre plutôt obsolète. Malgré que depuis peu les documents sont maintenant numérisés dans la banque de données, les parties intéressées doivent effectuer elles-mêmes les recherches, et aucune confirmation téléphonique ni verbale ne peut être donnée.[44] De plus, les dossiers n'ont pas été consolidés et aucun lien n'a été établi entre ceux-ci afin de tenir compte des diverses fusions survenues entre des compagnies de chemin de fer et d'autres transactions pertinentes. Une partie intéressée à s'enquérir auprès du registre doit donc procéder à toutes les interrogations possibles en fonction des diverses désignations des parties.[45] Les parties qui désirent effectuer des recherches dans la base de données du registre doivent aussi prendre rendez-vous pour ce faire.

La publication dans la Gazette du Canada du document déposé au registre constitue la dernière étape prévue au processus d'enregistrement établi en vertu de la LTC.[46] Malgré la nécessité de cette démarche, cette obligation additionnelle ajouter à la lourdeur actuelle du processus. En outre, la LTC n'aborde aucunement la question du droit de préférence dans une telle situation. Par exemple, rien dans la loi ne prévoit ce qu'il advient lorsqu'une partie enregistre, en vertu

de la législation provinciale, une sûreté affectant un terrain lié à l'exploitation d'un chemin de fer ou du matériel roulant, *après* qu'une autre partie ait enregistré ses droits en vertu de la LTC mais ceci *avant* que la partie ayant enregistré ses droits en vertu du régime provincial n'ait eu l'occasion de faire publier dans la Gazette du Canada l'avis relatif à ses droits. Enfin, la valeur pratique de la publication d'un tel avis dans la Gazette du Canada semble pour le moins douteuse. En effet, une partie qui désire effectuer des recherches dans ce domaine ne dispose pas nécessairement d'un accès commode à la Gazette du Canada, en plus de la possibilité d'erreur humaine au niveau du processus de publication et de recherches entreprises manuellement dans cette publication. Aussi, l'établissement d'un régime convenable d'enregistrement des sûretés rendrait une telle publication superflue.

C. Les sûretés sur les chemins de fer dans un contexte de transport intermodal

Le transport intermodal et la constitution d'une sûreté sur le matériel roulant servant au transport ferroviaire soulèvent également des questions épineuses. Par exemple, quel serait le statut d'une sûreté affectant du matériel roulant une fois ce matériel roulant est enlevé du chemin de fer sur lequel il se trouvait pour se rendre à sa destination finale à bord d'un camion semi-remorque? Ni la loi ni la jurisprudence ne semblent s'être attardées à ce problème. Par conséquent, il semble qu'il vaudrait mieux pour les créanciers garantis désirant maintenir la validité de leur sûreté qu'ils enregistrent leurs droits en vertu des régimes des diverses provinces dans lesquelles s'effectue un tel trajet. Les difficultés pratiques liées à ces enregistrements multiples donnent à penser que les modifications au régime actuel devraient prévoir un mécanisme permettant de résoudre les conflits entre les droits de préférence des diverses sûretés constituées en vertu de la LTC ou enregistrées en vertu d'un régime provincial sur les sûretés mobilières, dans un contexte de transport intermodal du matériel roulant grevé d'une sûreté. Le régime actuel doit changer s'il veut se mettre au diapason des changements survenus dans le secteur des transports.

D. Les garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles

Les méthodes actuelles en vertu desquelles les créanciers constituent des garanties sur le matériel roulant servant au transport ferroviaire pourraient éventuellement évoluer en raison d'une initiative entreprise par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT).

En décembre 1997 l'Institut a publié un avant-projet de Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles. L'avant-projet fut présenté au Conseil de direction d'UNIDROIT en février 1998 aux fins d'approbation. L'objet essentiel de la future Convention « est d'instituer un régime pour la constitution et l'efficacité d'une nouvelle garantie internationale portant sur des matériels d'équipement mobiles » .[47] La mise mise en oeuvre de cette Convention aurait pour effet d'instaurer un registre international dans lequel les sûretés portant sur les matériels d'équipement mobiles (matériel roulant servant au transport ferroviaire, satellites, aéronefs, etc.) seraient enregistrées. Cependant, cette initiative n'en est qu'à l'étape des recherches et il reste encore certaines questions délicates à résoudre. Les spécialistes du domaine ont relevé diverses problématiques, dont l'établissement de modalités permettant de distinguer les transactions à l'intérieur d'un État des transactions internationales; le type de matériel devant être assujetti à la Convention; l'opportunité de fonder ou non le régime d'enregistrement des sûretés suivant le type des biens visés; et la méthode qui permettrait de conserver la pertinence des régimes juridiques locaux tout en préservant les avantages de la Convention pour tous ses usagers..[48] Si la Convention reçoit l'aval des instances d'UNIDROIT, le Canada y adhérerait sans doute et en intégrerait alors les dispositions aux pratiques ayant cours au pays dans le secteur des transports.

E. Conclusion

Le régime d'enregistrement des documents établi en vertu de la LTC en ce qui concerne les chemins de fer et le matériel roulant, bénéficierait d'une mise au point sur le plan des droits de préférence entre les sûretés enregistrées suivant les législations fédérale ou provinciales, et également de précisions quant à la validité et aux effets de l'enregistrement des documents en vertu de ce régime. L'amélioration des modalités d'accès et de convivialité du système de recherches ne pourrait qu'accroître l'efficacité de l'ensemble du régime.

IV. LES ENTREPRISES DU SECTEUR AGRICOLE ET AGRO-ALIMENTAIRE

L'agriculture a depuis toujours été considérée comme étant un secteur d'une importance vitale à l'économie canadienne. Le souci du bien-être des agriculteurs au sein de notre société provient de la croyance voulant que la sécurité d'une nation est davantage assurée lorsque celle-ci est autosuffisante sur le plan de l'alimentation. Aussi, le secteur de l'agriculture procure de nombreux emplois. Enfin, en raison de son rôle traditionnel au Canada, l'agriculture fait partie intrinsèque du tissu social de la société canadienne.

En raison de ces facteurs historiques, psychologiques et économiques, le gouvernement fédéral a depuis toujours activement cherché à aider les agriculteurs en adoptant des lois favorisant leur essor. La nécessité de venir en aide à ce secteur provient aussi de la susceptibilité de l'agriculture aux reculs occasionnés par les fluctuations marquées des cours mondiaux des denrées, et aussi en raison de la menace que font peser sur les fermes familiales les exploitations commerciales agricoles à grande échelle. L'aide que le gouvernement tente ainsi de procurer aux agriculteurs se traduit notamment par son désir de faciliter leurs relations commerciales avec leurs créanciers. Ainsi, la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* de même que la loi qui a précédé celle-ci, la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole*, ont étéconçues afin de donner aux agriculteurs aux prises avec des difficultés financières plus de temps pour négocier des ententes avec leurs créanciers, en mettant également à leur disposition un processus de médiation pour les aider à y arriver. L'objet ultime de la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole* était effectivement de veiller à ce que les agriculteurs puissent conserver leur exploitation agricole.[49] Les créanciers garantis ont intérêt à connaître les dispositions de cette loi, car elles influencent considérablement la capacité des créanciers garantis à réaliser leurs sûretés lorsque survient une situation visée par celles-ci. Les dispositions législatives et réglementaires pertinentes apparaissent à l'annexe C du présent document.

A. La *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole*

La *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* a été adoptée afin de s'assurer que les agriculteurs en situation d'insolvabilité aient l'occasion de résoudre leurs problèmes financiers en pouvant compter sur la collaboration de leurs créanciers et sur l'aide d'un comité impartial.

1. Constitutionnalité

La *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* est essentiellement une loi qui concerne la propriété et les droits civils dans les provinces. Afin d'en assurer le caractère constitutionnel, le gouvernement fédéral a dû justifier ses dispositions en les adoptant sous l'empire de ses pouvoirs en matière de faillite et d'insolvabilité. C'est pourquoi seuls les agriculteurs en situation d'insolvabilité peuvent s'en prévaloir. La loi qui l'a précédée, soit la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole*, pouvait être invoquée par tous les agriculteurs aux prises avec des difficultés financières..[50] En restreignant l'application de la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* aux agriculteurs en situation d'insolvabilité, le gouvernement en a rendu les dispositions moins susceptibles à une contestation sur le plan constitutionnel.

2. Demandes présentées par les agriculteurs en situation d'insolvabilité

L'article 5 de la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* stipule ce qui suit :

5.(1) Sous réserve de l'article 6, tout agriculteur peut présenter à un administrateur une demande visant

a) soit la suspension des recours de ses créanciers contre lui, l'examen de sa situation financière et la médiation entre lui et ses créanciers en vue de la conclusion d'un arrangement acceptable pour les parties;

(b) soit l'examen de sa situation financière et la médiation entre lui et ses créanciers garantis en vue de la conclusion d'un arrangement acceptable pour les parties.

Il convient de souligner que malgré la suspension des recours de tous les créanciers, seulement les créanciers garantis ont le droit de participer au processus de médiation. Il est également intéressant de constater qu'en vertu de cette loi, le terme « agriculteur » signifie toute «

personne, coopérative, société de personnes ou autre association de personnes qui exploite une entreprise agricole à des fins commerciales (...) » . Suivant ce libellé, la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* s'applique aussi bien aux grandes exploitations agricoles commerciales qu'aux exploitations agricoles familiales.

3. Suspension des procédures

Puisque la médiation prévue dans la loi n'a aucun caractère obligatoire, l'effet le plus manifeste de cette loi quant aux droits des créanciers garantis est sans doute la suspension des procédures intentées par ceux-ci. En effet, l'article 7(1) prévoit notamment que, dès réception de la demande présentée par un agriculteur insolvable, l'administrateur prononce la suspension, suspension, pour une période de trente jours, des procédures engagées par les créanciers contre l'agriculteur. Les créanciers de l'agriculteur ne peuvent, pendant la période de suspension des procédures se prévaloir « d'un recours contre les biens de l'agriculteur » ni intenter ni continuer « une action ou autre procédure, judiciaire ou extrajudiciaire, pour le recouvrement d'une dette, la réalisation d'une sûreté ou la prise de possession d'un bien de l'agriculteur » .[51]

(a) « Procédures »

La jurisprudence analysant la nature des « procédures » visés par la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* confirme que le pouvoir conféré par cette loi en ce qui concerne la suspension des procédures est très large. Dans l'arrêt *Royal Bank of Canada v. Wagner*[52], lequel porte sur l'interprétation de l'article correspondant de l'ancienne loi en la matière, la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole*, la Cour d'appel de la Saskatchewan a statué que la signification d'un préavis aux termes de l'article 21 de la loi de cette province intitulée *Limitation of Civil Rights Act* constituait une « action » visant la réalisation d'une sûreté.[53]

L'on retrouve un mécanisme semblable de suspension des procédures à l'article 11 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. La jurisprudence appelée à interpréter l'article 11 de cette loi a notamment statué que le paiement d'une lettre de crédit établie pour le compte d'une compagnie insolvable correspondait à la définition d'une procédure au sens de la loi.[54] Parmi les autres « actions » que la jurisprudence a estimées assujetties à la suspension des procédures décrétée en vertu de l'article 11, signalons la réalisation par une banque de sa garantie constituée en vertu de l'art. 178 de la *Loi sur les banques*, l'exercice d'un droit de compensation prévu dans un contrat, ainsi que le fait pour un locateur de tenter d'annuler un bail en raison de l'insolvabilité du locataire.[55]

(b) Prolongation du délai de suspension des procédures

En vertu de l'article 13 de la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole*, l'administrateur peut, « s'il estime qu'un délai supplémentaire est nécessaire pour que l'agriculteur et ses créanciers concluent un arrangement » , prolonger d'au plus trois périodes supplémentaires de trente jours la période de suspension prévue. Le Règlement donne davantage de précisions à ce sujet, et prévoit qu'une prolongation du délai peut être accordée si les conditions suivantes sont réunies : a) la valeur de l'actif de l'agriculteur ne diminuera pas considérablement pendant la période de suspension; b) la prolongation ne porte pas indûment préjudice à la majorité des créanciers; et c) rien ne laisse supposer la mauvaise foi de la part de l'agriculteur.[56] La décision d'un administrateur à l'effet de ne pas accorder une telle prolongation peut être portée en appel. La suspension des procédures est alors prolongée jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur l'appel.

(c) Conservation des biens

La possibilité d'une suspension de leurs recours pendant une période pouvant aller jusqu'à 120 jours peut susciter des inquiétudes chez plusieurs créanciers. L'article 16(1) tente d'y remédier, en prévoyant la nomination d'un gardien de l'actif de l'agriculteur dès la suspension des procédures. Souvent, l'agriculteur en cause est lui-même nommé gardien de l'actif. Si le gardien nommé est une personne proposée par un créancier, les frais du gardien sont alors à la charge du créancier ayant proposé sa nomination.[57] Seulement les créanciers garantis ont le droit de proposer des candidats à la fonction de gardien.

L'article 14(2) vient également temporiser les préoccupations des créanciers craignant la dilapidation de l'actif d'un agriculteur pendant ce délai, puisqu'il confère à l'administrateur le

pouvoir d'ordonner la levée de la suspension des procédures s'il est d'avis que l'agriculteur a risqué, par acte ou omission, de porter atteinte à la conservation de son actif, ou a entravé le gardien dans l'exercice de ses fonctions. L'effet conjugué des dispositions du Règlement et des articles 14 et 16 de la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* confère aux créanciers garantis un certain degré de certitude quant au fait que la valeur des biens donnés en garantie ne diminuera pas même si la suspension des procédures est accordée jusqu'à sa durée maximale de 120 jours.

4. Examen de la situation financière et médiation

L'examen de la situation financière de l'agriculteur et la médiation entre l'agriculteur et ses créanciers sont des éléments importants caractérisant d'ailleurs la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole*. L'article 9 de la loi permet à l'administrateur d'effectuer un examen détaillé de la situation financière de l'agriculteur. En outre, l'administrateur peut faire appel à des experts pour réaliser cet examen. Les résultats de l'examen de la situation financière de l'agriculteur sont consignés dans un rapport, après quoi l'administrateur nomme un médiateur au dossier.

Seulement les créanciers garantis ont le droit de participer à la médiation. D'ailleurs, cette participation est facultative, et l'administrateur a le pouvoir de mettre fin à la médiation lorsque l'agriculteur ou la majorité des créanciers garantis refusent de participer à la médiation, ou de continuer d'y participer de bonne foi. Sinon, la médiation prend fin soit à la conclusion d'un arrangement, soit à l'échéance de la suspension des procédures.

5. Préavis à l'agriculteur

En vertu de l'article 21, les créanciers garantis désirant procéder à la réalisation de leur sûreté doivent donner un préavis à l'agriculteur lui faisant part de leur intention de procéder ainsi. Le préavis doit aussi informer l'agriculteur qu'il peut présenter une demande en vertu de l'article 5 de la loi. Fait à souligner, l'obligation de donner un tel préavis incombe uniquement aux créanciers garantis. Une décision rendue au sujet des dispositions correspondantes sous l'ancienne loi, la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole*, précise que les dispositions en matière de préavis ne s'appliquent pas aux créanciers avec droit de saisie.[58] Il en résulte donc que rien n'empêche un créancier ordinaire d'exercer ses recours contre un agriculteur après qu'un préavis ait été donné à celui-ci par un créancier garanti et avant la présentation d'une demande par l'agriculteur en vertu de l'article 5.[59] Cette lacune accroît le risque pour les créanciers garantis que l'actif de leur débiteur soit entamé avant qu'il leur soit possible de réaliser leurs garanties.

Les dispositions de l'article 22 soulignent à quel point il est important que les créanciers garantis se conforment à l'obligation de donner un tel préavis à l'agriculteur. Ainsi, en vertu de cet article, « tout acte fait par un créancier en contravention avec les articles 12 ou 21 est nul, et l'agriculteur touché peut engager contre celui-ci, devant un tribunal compétent, toute procédure indiquée en l'occurrence . »

Toutes les institutions prêteuses du secteur agricole devraient prendre le temps de d'informer au sujet des dispositions de la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole*. Certains prêteurs risquent en effet de subir les sanctions qui y sont prévues en cas de contravention à ses dispositions. Le principal effet de cette loi sur les droits des créanciers garantis est l'inhabilité potentielle de procéder à la réalisation de leurs garanties pendant un délai maximal de 120 jours. Or, il ne faut pas en exagérer les répercussions. En effet, certaines dispositions ont pour objet de s'assurer que la suspension des procédures ne s'étendra pas indûment si la situation financière de l'agriculteur est à ce point précaire ou si la majorité des créanciers garantis ne veulent pas participer à une médiation. À d'autres points de vue, les dispositions de cette loi créent un climat favorable à des discussions productives entre les créanciers garantis et un agriculteur insolvable, disposant d'un rapport préparé aux frais du gouvernement dressant un portrait détaillé de la situation financière de l'agriculteur et de l'aide d'un médiateur dont les honoraires sont également défrayés par le gouvernement. Dans une telle perspective, la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole* ne doit pas uniquement être vue comme étant un fardeau imposé aux créanciers garantis, mais plutôt comme une occasion offrant tant aux créanciers garantis qu'aux agriculteurs la possibilité de trouver des solutions où chacun y trouvera son avantage.

B. Autres lois fédérales pertinentes

Dans la foulée de ses efforts afin de revitaliser le secteur agricole, le gouvernement fédéral a adopté des lois dont l'objet est de faciliter l'octroi des prêts entre les banques et les agriculteurs. Il s'agit notamment de la *Loi sur les programmes de commercialisation agricole*, la *Loi sur la Société du crédit agricole*, et la *Loi sur les prêts destinés aux améliorations agricoles et à la commercialisation selon la formule coopérative*. Ces lois confient au gouvernement fédéral tantôt un rôle de garant, tantôt un rôle de prêteur dans le cadre de prêts consentis aux agriculteurs en vertu de celles-ci. Dans certains cas, les dispositions de ces lois confèrent au gouvernement des pouvoirs d'intervention en matière de constitution et de réalisation de sûretés par des prêteurs non gouvernementaux.

1. La *Loi sur les programmes de commercialisation agricole*

La *Loi sur les programmes de commercialisation agricole* a pour objet de favoriser la commercialisation des récoltes des producteurs admissibles en garantissant le remboursement des avances qui leur sont octroyées afin d'augmenter leurs liquidités au moment de la récolte ou par la suite.[60] Cette loi établit un régime en vertu duquel le ministre garantit, à certaines conditions, le remboursement des avances consenties par un prêteur ou un « agent d'exécution » à un producteur. L'expression « agent d'exécution » désigne la Commission canadienne du blé ou toute association de producteurs qui participe à la commercialisation de récoltes, ou tout organisme que le ministre estime approuvé par les producteurs et qu'il désigne à titre d'agent d'exécution.[61]

L'article 12 de la loi est particulièrement digne d'intérêt pour les créanciers garantis, car il stipule que « s'il consent une avance garantie à un producteur pour la récolte d'une campagne agricole donnée, l'agent d'exécution dispose d'une sûreté sur cette récolte et sur les récoltes de campagnes agricoles subséquentes pour les sommes dont le producteur est redevable » . La loi qui précédait la *Loi sur les programmes de commercialisation agricole*, la *Loi sur le paiement anticipé des récoltes*[62], conférait à l'institution prêteuse un privilège sur la récolte. L'agent d'exécution est mieux protégé aux termes de la *Loi sur les programmes de commercialisation agricole*, car le privilège conféré par la *Loi sur le paiement anticipé des récoltes* prendrait rang au même titre que les autres créances ordinaires dans l'éventualité d'une faillite. En outre, l'article 12 ne s'applique pas aux prêteurs qui consentiraient eux-mêmes des avances aux agriculteurs. L'on présume sans doute que ceux-ci établiront de leur propre initiative avec l'emprunteur les documents constituant une sûreté en leur faveur.

Il importe de souligner l'intérêt particulier que suscite l'article 12 de la *Loi sur les programmes de commercialisation agricole* en raison de son application à l'égard des

« récoltes de campagnes agricoles subséquentes » du producteur. Le fait que la sûreté de l'agent d'exécution vaut à l'égard des « récoltes (...) subséquentes » est un avantage non négligeable par rapport aux droits des autres prêteurs, surtout ceux qui constituent des sûretés selon les modalités habituelles et non en vertu des dispositions de la *Loi sur les programmes de commercialisation agricole*. Par exemple, l'article 12(2) a) de la *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario restreint la faculté des créanciers de grever des récoltes même si le contrat de sûreté contient une clause relative aux biens acquis après la date du contrat.[63] Un contrat de sûreté ne peut grever des récoltes qui deviennent des récoltes sur pied plus d'une année après la conclusion du contrat de sûreté. Une sûreté ne pourra être opposable lorsqu'elle vise des récoltes de campagnes agricoles subséquentes que si elle respecte les critères énoncés à l'article 32(1) de la *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario, lequel se lit comme suit :

32.(1) La sûreté opposable sur des récoltes ou leur produit, consentie au plus six mois avant que les récoltes soient sur pied, notamment par suite de la plantation, pour permettre au débiteur de produire les récoltes durant la saison, prime une sûreté rendue opposable plus tôt qui porte sur les mêmes biens grevés dans la mesure où cette dernière garantit des obligations échues plus de six mois avant que les récoltes soient sur pied, notamment par suite de la plantation, même si la personne fournissant la contrepartie a connaissance de la sûreté antérieure.

Les avances consenties au titre de la *Loi sur les programmes de commercialisation agricole* sont probablement de nature à correspondre aux critères de l'article 32, puisqu'elles visent généralement à permettre au débiteur de produire des récoltes au cours d'une saison de récoltes spécifique. Les autres créanciers garantis dont les sûretés grèvent des récoltes devraient être conscients de l'existence des dispositions de l'article 12 de la *Loi sur les programmes de commercialisation agricole* ainsi que des articles 12 et 32 de la *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario, car leur objet est de s'assurer que les droits des créanciers

garantis qui constituent des sûretés grevant des récoltes pour garantir des prêts consentis afin de permettre au débiteur de produire des récoltes au cours d'une saison de récoltes spécifique priment sur les autres créances.

2. La *Loi sur la Société du crédit agricole*

La *Loi sur la Société du crédit agricole* vise à améliorer l'accès au crédit aux exploitations agricoles et aux autres entreprises du milieu rural dont les activités sont liées au secteur de l'agriculture.[64] La Société du crédit agricole, établie en vertu de cette loi, est notamment habilitée à consentir des prêts aux agriculteurs, à acquérir et à détenir des sûretés en garantie des prêts qu'elle consent ou des garanties qu'elle accorde. Par ailleurs, cette loi n'a aucune incidence sur les droits de préférence ou les régimes d'enregistrement des sûretés qui visent normalement à définir les rapports entre les créanciers garantis et leurs débiteurs. Son principal intérêt est d'introduire un nouveau prêteur dans ce secteur d'activité.

3. La *Loi sur les prêts destinés aux améliorations agricoles et à la commercialisation selon la formule coopérative*

Le préambule à la *Loi sur les prêts destinés aux améliorations agricoles et à la commercialisation selon la formule coopérative* énonce qu'il s'agit d'une loi « visant à accroître la disponibilité des prêts destinés à l'amélioration et à la mise en valeur des exploitations agricoles, à la transformation, à la distribution ou à la commercialisation des produits agricoles par les coopératives » .[65] L'article 4 de la loi stipule que le ministre indemnise le prêteur [66] à concurrence de quatre-vingt-quinze pour cent du montant de toute perte occasionnée à celui-ci par l'octroi d'un prêt consenti à un agriculteur et destiné, entre autres, à l'achat d'outils, de bétail ou de nouvelles terres. En vertu du paragraphe c de l'article 4(3), le montant principal d'un prêt consenti en vertu de la *Loi sur les prêts destinés aux améliorations agricoles et à la commercialisation selon la formule coopérative* ne doit pas excéder la somme de

250 000 $. Cette loi diminue sensiblement les risques normalement inhérents aux prêts consentis aux agriculteurs, et n'a aucune incidence sur le régime habituel d'enregistrement et d'établissement des droits de préférence pour les prêts garantis.

C. Conclusion

Le gouvernement fédéral intervient de diverses façons pour s'assurer que les prêts consentis dans le secteur agricole ne soient pas assujettis aux règles habituelles s'appliquant aux prêts commerciaux. Ces interventions sont généralement bénéfiques tant pour les prêteurs ordinaires que les créanciers garantis et, par voie de conséquence, pour les agriculteurs aussi puisqu'elles facilitent leur accès au crédit. Ainsi, le gouvernement met en place un mécanisme de négociation pour les agriculteurs en situation de faillite, avance des fonds aux agriculteurs alors que les prêteurs ordinaires seraient peut-être moins disposés à le faire, et garantit les prêts consentis par les prêteurs aux agriculteurs. Les prêteurs doivent être sensibilisés aux avantages que procure la législation fédérale dans ce domaine. Par ailleurs, ils doivent savoir que ces dispositions peuvent retarder la réalisation de leurs garanties et affecter leur droit de préférence lorsque les biens donnés en garantie dont des récoltes

V. LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

A. Introduction

En cette ère de commerce électronique et de l'essor de la technologie de l'information, la propriété intellectuelle devient une valeur de première importance pour les sociétés commerciales. Pour plusieurs d'entre elles, elle constitue même leur actif principal. Le caractère intangible de la propriété intellectuelle soulève des problématiques inédites pour les prêteurs, qui ont depuis toujours fondé leurs transactions sur le caractère tangible des biens appartenant à leurs clients pour justifier les avances de fonds à ces derniers. La constitution d'une sûreté sur la propriété intellectuelle est donc un nouveau défi d'une importance cruciale que doivent relever ces prêteurs.

Malheureusement, le régime juridique actuel en vertu duquel une sûreté peut être constituée

sur la propriété intellectuelle laisse beaucoup à désirer. Les lacunes sur le plan de la clarté des dispositions législatives actuelles laissent les prêteurs en plan quant aux assurances sur lesquelles ils souhaiteraient pouvoir compter. Cette situation est de nature à faire obstacle à l'essor et à la prospérité autant des entreprises dont les activités sont fondées sur la propriété intellectuelle de leurs avoirs que des institutions prêteuses. Ce secteur, l'un des plus dynamiques au sein de l'économie canadienne à l'heure actuelle, bénéficierait énormément de la clarté juridique qu'une réforme de l'ensemble des lois en la matière impliquerait en facilitant ainsi l'établissement de prêts garantis sur la propriété intellectuelle des emprunteurs. Les dispositions législatives et réglementaires pertinentes apparaissent à l'annexe E du présent document.

B. LE RÉGIME JURIDIQUE ACTUEL

1. La législation fédérale en matière de propriété intellectuelle

La plupart des lois fédérales en matière de propriété intellectuelle évitent de traiter comme tel des sûretés sur la propriété intellectuelle. Toutefois, certaines dispositions législatives en traitent indirectement en permettant les « actes de cession » ou les « transferts » visant certains droits ou intérêts.

a) La *Loi sur le droit d'auteur*

L'article 57 de la *Loi sur le droit d'auteur* vise notamment l'enregistrement de l'acte de cession d'un droit d'auteur :

57. (1) Le registraire des droits d'auteur enregistre (...) l'acte de cession d'un droit d'auteur ou la licence accordant un intérêt dans ce droit ...

(3) Tout acte de cession d'un droit d'auteur ou toute licence concédant un intérêt dans un droit d'auteur doit être déclaré nul à l'encontre de tout cessionnaire du droit d'auteur ou titulaire de l'intérêt concédé qui le devient subséquemment à titre onéreux sans connaissance de l'acte de cession ou licence antérieur, à moins que celui-ci n'ait été enregistré de la manière prévue par la présente loi avant l'enregistrement de l'instrument sur lequel la réclamation est fondée.

L'incertitude demeure quant à l'incidence de l'article 57 en ce qui a trait aux sûretés. En outre, l'expression « acte de cession » n'est pas définie dans la loi, alors l'on n'est pas davantage fixé quant à savoir si la portée de cette disposition est suffisamment large pour englober un contrat de garantie ou autre document constitutif d'une sûreté visant la propriété intellectuelle.[67] Dans l'hypothèse où les dispositions de l'art. 57(3) s'appliqueraient aux sûretés, l'incidence de cet article demeure incertain au plan du rang prioritaire de telles sûretés. La garantie d'un cessionnaire subséquent sans connaissance de l'acte de cession enregistré au titre de la *Loi sur le droit d'auteur* primerait-elle sur un acte enregistré précédemment en vertu d'une loi provinciale sur les sûretés mobilières? Ce résultat semblerait découler du libellé actuel de la *Loi sur le droit d'auteur*, mais ceci viendrait miner la « règle du premier déposant » qui constitue l'une des assises principales des divers régimes d'enregistrement des sûretés mobilières instaurés au palier provincial.

L'incidence possible de l'art. 57 de la *Loi sur le droit d'auteur* sur les droits de préférence fut analysée par la Division de 1ère instance de la Cour fédérale, dans l'arrêt *Poolman c. Productions Eiffel Productions S.A.*[68] En rendant sa décision dans cette affaire, le tribunal devait trancher entre les dispositions divergentes de l'article 57(3) de la *Loi sur le droit d'auteur* et de l'article 1488 du *Code civil du Bas Canada* quant au droit de préférence et donc quant au rang à accorder à la sûreté en cause. Le tribunal statua que le rang de la sûreté devait être déterminé conformément aux dispositions de la loi provinciale. La décision du tribunal dans cet arrêt indique que les tribunaux s'en remettront aux lois provinciales sur les sûretés mobilières lorsqu'il y a lieu de déterminer les droits de préférence entre des actes de cession concurrents.[69] Cette approche est certes la plus logique, compte tenu du fait que la *Loi sur le droit d'auteur* n'a pas été conçue de manière à instaurer un système complet d'enregistrement des droits précisant le rang ou le droit de préférence des actes qui y sont enregistrés.

L'inconvenance de s'en remettre à la *Loi sur le droit d'auteur* pour trancher entre les droits de préférence de cessionnaires de droits concurrents est encore plus apparente si l'on considère le niveau de difficulté de la réalisation de recherches dans le registre établi par cette loi. La présence d'une sûreté grevant un droit d'auteur n'est pas révélée à la lecture de la carte

correspondant au titre de l'oeuvre dans le répertoire des oeuvres. Un prêteur éventuel doit alors consulter le registre contenant la microfiche relative à l'oeuvre faisant l'objet de la recherche pour vérifier si elle est suivie d'un certificat d'enregistrement d'un contrat de garantie. Lorsqu'un auteur consent une sûreté dans une oeuvre dont le titre a été modifié par la suite, il devient alors impossible d'y vérifier les droits de propriété afférents à cette oeuvre. La loi ne prévoit par ailleurs aucun mécanisme permettant d'aviser les créanciers garantis du transfert subséquent des droits afférents à l'oeuvre.[70]

b) La *Loi sur les marques de commerce*

L'article 48(3) de la *Loi sur les marques de commerce* prévoit que le registraire des marques de commerce « inscrit le transfert de toute marque de commerce déposée » . Le terme « transfert » n'y est pas défini, et il n'est pas évident si ce terme comprend l'enregistrement d'une sûreté. Dans le cadre de ses pratiques administratives, le registraire accepte et inscrit effectivement les actes constituant une sûreté grevant une marque de commerce, bien qu'aucune loi ne lui confère dans les faits le pouvoir de ce faire.[71]

Par ailleurs, l'article 10 de stipule que si « une marque, en raison d'une pratique commerciale ordinaire et authentique, devient reconnue au Canada comme désignant le genre, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, le lieu d'origine ou la date de production de marchandises ou services, nul ne peut l'adopter comme marque de commerce en liaison avec ces marchandises ou services ou autres de la même catégorie générale, ou l'employer d'une manière susceptible d'induire en erreur, et nul ne peut ainsi adopter ou employer une marque dont la ressemblance avec la marque en question est telle qu'on pourrait vraisemblablement les confondre » . Cet article est susceptible d'engendrer des problèmes pour les titulaires de garanties grevant une marque de commerce lorsque cette dernière atteint un niveau élevé de différenciation. Dans l'éventualité du défaut du débiteur, le créancier garanti doit prendre les précautions qui s'imposent pour s'assurer que la qualité et la nature des marchandises liées à la marque de commerce ne soient pas altérées. En cas de changements apportés à la qualité et à la nature des marchandises grevées, il faut entreprendre un effort concerté afin d'informer le public de ces changements. Ce problème a notamment été abordé dans l'arrêt *Heintzman v. 751056 Ontario Ltd.* (« l'arrêt *Heintzman* »).[72] Cet arrêt portait sur un litige survenu à la suite de l'achat d'une entreprise qui fabriquait des pianos de grande qualité en Ontario, dans la ville de Hanover, et ce depuis 1926. L'acquéreur a décidé de fermer l'atelier de fabrication situé à Hanover et s'est lancé dans la vente de pianos de qualité inférieure fabriqués aux États-Unis et en Corée, tout en continuant à y associer l'appellation Heintzman. Or, le public ne fut pas informé de ce changement dans la qualité des pianos fabriqués par l'entreprise, et le tribunal ordonna la radiation de la marque de commerce Heintzman. La décision rendue dans l'arrêt *Heintzman* illustre bien à quel point il est important qu'une institution prêteuse soit au courant de certaines caractéristiques uniques se rattachant à la propriété intellectuelle d'un bien, lesquelles font en sorte que la qualité de propriétaire d'un tel bien ne permet pas au titulaire du droit de ce droit de propriété d'en jouir à sa guise.

(c) La *Loi sur les brevets*

En vertu de l'article 50 de la *Loi sur les brevets*, un brevet délivré pour une invention est cessible et l'acte de cession ou de concession d'un brevet doit être enregistré au Bureau des brevets. Les dispositions de cet article font en sorte que la *Loi sur les brevets* est la seule loi fédérale qui exige l'enregistrement des actes de cession, de transfert ou de transport. En outre, cette loi prévoit à l'article 51 que toute cession d'un brevet est nulle et de nul effet, donc inopposable, à l'égard d'un cessionnaire subséquent à moins que l'acte de cession n'ait été enregistré conformément à cette loi.

Les articles 50 et 51 de la *Loi sur les brevets* suscitent de l'incertitude quant à leur application aux sûretés et à l'interaction de ces dispositions avec celles des lois provinciales sur les sûretés mobilières en ce qui a trait à l'établissement des droits de préférence afférents à ces droits. Cette problématique fut notamment abordée par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Colpitts v. Sherwood* (« l'arrêt *Colpitts* »).[73] L'arrêt *Colpitts* portait sur un litige quant au droit de préférence d'un cessionnaire subséquent d'un brevet ayant effectivement connaissance d'un acte de cession antérieur qui n'avait par ailleurs pas été enregistré. Le tribunal a considéré que la cession consentie à titre de sûreté était en fait une cession assujettie à l'enregistrement prévu en vertu des dispositions de la *Loi sur les brevets*. Le tribunal statua que le cessionnaire subséquent qui avait connaissance de la cession ne jouissait pas d'un droit de préférence par rapport au cessionnaire antérieur dont la cession n'avait pas été enregistrée. Ce qui est particulier à cette affaire, c'est que toutes les parties impliquées dans les diverses transactions étaient pourtant au courant des actes dressés à cet égard. Il ne s'agissait pas d'une situation où

le tribunal devait trancher un litige impliquant un cessionnaire ayant eu connaissance de l'existence d'un cessionnaire subséquent après avoir enregistré une cession. En d'autres termes, la décision rendue dans l'arrêt *Colpitts* semblerait raisonnable dans les circonstances en l'espèce, mais cette conclusion ne devrait pas être considérée comme étant un principe d'application générale.[74]

Le libellé des dispositions de la *Loi sur les brevets* ne donne à entendre que soit la connaissance, soit l'absence de connaissance de l'existence d'une cession de droits conditionne les droits de préférence entre les divers cessionnaires. La conclusion du tribunal quant au fait que la constitution d'une sûreté à l'égard d'un brevet constituerait en soi une cession assujettie à l'enregistrement prévu en vertu des dispositions de la *Loi sur les brevets* semble par ailleurs pour le moins étrange. Les tribunaux américains appelés à interpréter des dispositions libellées d'une manière sensiblement semblables à celles que l'on retrouve à l'égard des cessions dans la *Loi sur les brevets* ont quant à eux statué que, puisque la constitution d'une sûreté à l'égard d'un brevet ne présente pas toutes les caractéristiques d'une cession en bonne et due forme, il n'est pas requis d'enregistrer à titre de cession, en vertu de la Loi sur les brevets, une sûreté constituée sur un brevet. L'inscription au registre UCC suffira alors pour parfaire la sûreté constituée sur un brevet par un prêteur. Les tribunaux américains ont notamment conclu qu'en l'absence de dispositions régissant spécifiques la constitution d'une sûreté dans une loi fédérale, le régime UCC prend alors la relève à cet égard. Cette conclusion découle du constat à l'effet que, si le Congrès américain avait eu l'intention d'établir un régime intégré de sûretés fédérales sur les brevets, il aurait alors adopté les dispositions pertinentes à cet effet dans les lois en la matière.[75] Bien qu'une telle logique ne prévaudrait pas nécessairement, il faut avouer que ce constat est fort à propos. La *Loi sur les brevets*, telle qu'elle existe présentement, n'est pas conçue de manière à établir un registre propice aux recherches ni un mécanisme de classification des droits de préférence. Aussi, si l'on confère un tel rôle à la *Loi sur les brevets* l'on ne fait que susciter la confusion auprès des créanciers et mine les fondements des lois sur les sûretés mobilières. Ceci dit, en l'absence d'un arrêt faisant jurisprudence quant à l'interprétation précise qu'il faut donner aux articles 50 et 51de la *Loi sur les brevets*, le créancier garanti prudent serait bien avisé d'enregistrer la sûreté dont il bénéficie à l'égard d'un brevet, à la fois en vertu du régime provincial sur les sûretés mobilières et de la *Loi sur les brevets*.

En fait, les registres fédéraux n'ont jamais été conçus dans l'intention d'établir un régime fédéral sur les sûretés, mobilières ou autres. De plus, la législation fédérale en matière de propriété intellectuelle n'établit aucun mécanisme intégré en vertu duquel il serait possible de déterminer les droits de préférence des créanciers garantis. En définitive, la présence des dispositions régissant l'enregistrement de tels droits dans les lois fédérales en matière de propriété intellectuelle ne fait qu'ajouter à l'incertitude et à la confusion qui règnent chez les prêteurs constituant des sûretés sur de tels biens.

2. Les lois provinciales sur les sûretés mobilières

Les contrats de garantie portant sur la propriété intellectuelle sont presque toujours enregistrés en vertu des lois provinciales sur les sûretés mobilières. Ceci n'est guère surprenant, puisque le système fédéral n'offre aucune alternative efficace aux parties intéressées. Or, les lois provinciales sur les sûretés mobilières offrent en revanche un régime juridique complet en la matière, visant aussi bien l'enregistrement des droits, les biens grevés et les droits de préférence de chacun. Les lois provinciales sur les sûretés mobilières comportent toutefois certains inconvénients en ce qui a trait à la propriété intellectuelle.

Notamment, plusieurs caractéristiques propres à la propriété intellectuelle rendent difficile l'arrimage des sûretés constitués sur de tels biens avec les structures intégrées aux lois provinciales sur les sûretés mobilières. Par exemple, afin de constituer validement une sûreté, le débiteur doit signer un contrat de garantie assorti d'une description suffisamment précise du bien grevé pour en permettre l'identification. Cette exigence devient problématique lorsqu'il s'agit d'enregistrer des sûretés à l'égard de biens consistant en des marques de commerce non déposées ou de droits d'auteur non enregistrés, de secrets industriels, de brevets d'invention non enregistrés, etc.[76]

Tel que mentionné précédemment en ce qui a trait à l'arrêt *Heintzman*, les prêteurs dont les prêts sont garantis sur une marque de commerce doivent être sensibles à la nécessité de maintenir le caractère distinct de la marque de commerce en cause. Cette exigence distingue également les marques de commerce des autres types plus traditionnels de biens grevés, ces derniers pouvant être assujettis à toute une gamme de droits de propriété au bénéfice du prêteur.

La législation en matière de droits d'auteur est également source de dilemme, car le créancier garanti cherchant à réaliser sa garantie sur un droit d'auteur se voit frustré dans sa jouissance pleine et entière de son droit de propriété. En effet, en vertu de l'article 14.1 de la *Loi sur le droit d'auteur*, l'auteur d'une oeuvre a le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit d'en revendiquer la création. Tels « droits moraux » sont incessibles, bien qu'il puisse y être renoncé, en totalité ou en partie. Par conséquent, afin de s'assurer de disposer du plus large éventail de droits possible, un prêteur constituant une sûreté à l'égard de droits d'auteur devra voir à obtenir de l'auteur une renonciation à la totalité de ses droits moraux dans l'oeuvre grevée.

En vertu de l'article 12 de la *Loi sur les sûretés mobilières*, une sûreté constituée sur un bien intangible peut grever des biens acquis après la date du contrat de garantie pourvu que l'intention des parties à cet effet soit manifeste dans le contrat de garantie. L'application de l'article 12 soulève diverses problématiques lorsque les biens grevés relèvent de la propriété intellectuelle. Par exemple, des éléments d'actif importants comme la recherche et le développement et la technologie d'accompagnement ne sont pas faciles à relier aux concepts traditionnels associés à la notion de biens acquis après la date d'un contrat de garantie. Afin de s'assurer de bien grever les biens relevant de la propriété intellectuelle et qui ont été acquis après la date d'un contrat de garantie, il convient de les décrire avec circonspection dans le contrat de garantie.[77]

L'évocation des quelques caractéristiques qui précèdent en ce qui concerne les biens relevant de la propriété intellectuelle n'est aucunement exhaustive, mais elle sert à illustrer les considérations qui pourraient justifier une recommandation visant à conseiller l'établissement d'un régime d'enregistrement de sûretés qui soit spécifiquement conçu pour les biens relevant de la propriété intellectuelle.

C. Interactions entre les législations fédérales et provinciales

La possibilité d'enregistrer des sûretés grevant la propriété intellectuelle à la fois au palier fédéral et provincial est la source de plusieurs problèmes. Si les lois fédérales en matière de propriété intellectuelle sont interprétées de manière à laisser le soin à celles-ci de régir les droits de préférence entre des sûretés et des actes de cession concurrents, il y a là un potentiel de conflit entre les lois fédérales et provinciales en la matière. Ceci imposerait aux prêteurs le fardeau de pousser leurs recherches dans les registres fédéraux afin de vérifier l'existence de sûretés enregistrées antérieurement à l'égard des biens à grever, une tâche qui est autrement plus ardue, tel que discuté précédemment, que celle d'effectuer une recherche dans un registre provincial de sûretés mobilières. Les problèmes dont il s'agit n'ont à peu près pas fait l'objet de litiges devant les tribunaux. La manière dont serait résolue un conflit entre les lois fédérales et provinciales en la matière n'est donc pas évidente. Les décisions rendues dans les arrêts *Colpitts et Poolman* ne font qu'alimenter le foisonnement de diverses hypothèses quant à l'attitude qu'adopteraient les tribunaux appelés à trancher les diverses questions liées aux sûretés constituées dans ce domaine et l'interaction entre les dispositions des lois provinciales sur les sûretés mobilières et celles des lois fédérales en matière de propriété intellectuelle. Il n'existe aucune réponse limpide à la question à savoir si les sûretés sont visées par le terme « cession » à l'article 50 de la *Loi sur les brevets* et à l'article 57 de la Loi sur le droit d'auteur, ou encore par le terme « transfert » mentionné à l'article 48 de la Loi sur les marques de commerce, ni à la question à savoir si ce sont soit les lois provinciales sur les sûretés mobilières ou les lois fédérales en matière de propriété intellectuelle qui doivent régir les droits de préférence entre les divers cessionnaires de tels droits. La présence de ces questions non résolues et le potentiel de conflit entre les diverses lois en cause accroît le degré d'incertitude dans le domaine des prêts aux titulaires de biens relevant de la propriété intellectuelle, ce qui aura vraisemblablement un effet néfaste dans un secteur clé de l'économie du pays.

D. L'établissement d'un registre fédéral unique des sûretés sur la propriété intellectuelle

L'une des solutions envisageables aux problèmes mentionnés ci-dessus consisterait à établir un registre fédéral unique des sûretés sur la propriété intellectuelle. Il s'agirait alors d'amender les lois fédérales en matière de propriété intellectuelle pour traiter plus globalement des questions relatives aux droits de préférence. Il conviendrait également d'établir un registre plus convivial pour les recherches. La création d'un registre fédéral unique mettrait fin à la confusion engendrée par la nécessité et l'opportunité d'enregistrer les sûretés aux deux paliers, fédéral et provincial. L'établissement d'un tel registre mettrait fin également à la duplication actuelle, en vertu de laquelle les prêteurs enregistrent leurs sûretés à la fois en vertu des lois provinciales sur les sûretés mobilières et de la loi fédérale pertinente. Enfin, l'établissement d'un registre

fédéral unique pour les sûretés grevant la propriété intellectuelle, lequel serait géré par le OCPI, rend plus probable la création d'une sûreté *sui generis* qui prendrait en compte les caractéristiques propres à la propriété intellectuelle. Il serait raisonnable de croire que les experts du OCPI sont les mieux placés pour concevoir une sûreté qui réponde davantage aux besoins des clients du secteur de la propriété intellectuelle que ceux qui administrent les régimes établis en vertu des lois provinciales sur les sûretés mobilières.

E. L'abrogation des dispositions fédérales en matière d'enregistrement

Une solution alternative à l'établissement d'un registre fédéral unique consisterait à abroger les dispositions en matière d'enregistrement contenues dans les lois fédérales en matière de propriété intellectuelle. Ou encore, l'on pourrait les modifier de manière à y énoncer clairement qu'elles ne s'appliquent pas aux sûretés. L'une ou l'autre de ces solutions de rechange serait certes moins complexe à mettre en oeuvre que d'établir un registre complètement nouveau au palier fédéral; l'impact sur les prêteurs serait minime, en ce sens qu'ils continueraient à enregistrer leurs sûretés en vertu des lois provinciales sur les sûretés mobilières sans avoir à les enregistrer en plus en vertu d'une loi fédérale. Les dispositions fédérales actuelles ayant trait à l'enregistrement des actes suscitent plutôt de la confusion chez les prêteurs dans ce domaine plus qu'elles ne les aident. Leur raison d'être et leur incidence sur ces titres sont incertains, ce qui rend leur abrogation une solution à envisager si la solution idéale, soit d'instaurer un régime fédéral unique, était rejetée en raison de la complexité d'une telle initiative ou en raison des doutes quant à sa validité sur le plan constitutionnel.

F. Considérations d'ordre constitutionnel

Tout projet visant l'établissement d'un registre fédéral unique pour l'enregistrement des sûretés grevant la propriété intellectuelle doit tout d'abord réussir le test constitutionnel. La *Loi constitutionnelle de 1867* confère expressément au gouvernement fédéral la compétence sur les brevets et les droits d'auteur. Le gouvernement fédéral justifie son droit de légiférer en matière de marques de commerce en se fondant sur la compétence qui lui est dévolue en matière de commerce. Par ailleurs, les provinces ont légiféré dans le domaine des sûretés en se fondant sur la compétence qui leur est dévolue en ce qui touche la propriété et les droits civils dans la province. Les secrets industriels et les appellations commerciales sont également assujettis à la compétence des provinces.

Le gouvernement fédéral est habilité à adopter des lois qui ont une incidence sur un domaine relevant de la compétence des provinces à condition que les lois ainsi adoptées visent essentiellement une activité d'un domaine relevant de sa compétence. Il serait donc possible de prétendre que l'établissement d'un registre fédéral visant l'enregistrement de sûretés grevant des brevets, des marques de commerce et des droits d'auteur fait partie des compétences du gouvernement fédéral lui permettant d'adopter des lois dans ces domaines.[78] L'incidence d'une loi à cet égard sur la compétence provinciale de légiférer dans le domaine de la propriété et des droits civils ne serait qu'indirecte. Or, cet argument ne vaudrait pas cependant en ce qui concerne les secrets industriels et les appellations commerciales. Un doute subsiste également quant à l'opportunité qu'un tel système puisse également s'appliquer à des biens relevant de la propriété intellectuelle que sont notamment la recherche et le développement et la technologie d'accompagnement. Le gouvernement fédéral pourrait tenter d'inclure dans un registre ces « autres » types d'actifs du domaine de la propriété intellectuelle en se fondant sur son pouvoir en matière de commerce interprovincial. En effet, l'on peut prétendre que ces biens ne sont pas situés « dans une province » , et qu'une loi fédérale à leur égard serait justifiable en raison du pouvoir en matière de commerce interprovincial dévolu au gouvernement fédéral.

Notre système fédéral est jonché d'exemples de chevauchement de lois fédérales et provinciales qui ont une incidence les unes sur les autres. L'approche qu'il convient de prendre en principe à cet égard en est une qui favorise l'interprétation de ces lois de manière à en permettre la coexistence. Un registre fédéral visant l'enregistrement de sûretés grevant tous les types de biens relevant de la propriété intellectuelle aurait certainement une incidence sur des matières qui relèvent de la compétence des provinces. Ceci ne signifie pas toutefois que le gouvernement fédéral ne pourrait y procéder s'il le désire. En effet, il est extrêmement difficile de prédire comment les arguments de nature constitutionnelle seraient reçus dans l'éventualité d'une contestation devant les tribunaux. Le sort d'un tel litige dépendrait beaucoup du libellé des dispositions fédérales et de la position respective des deux paliers de gouvernement. Ceci étant dit, les considérations d'ordre constitutionnel seront certainement des éléments importants dont il faudra tenir compte dans toute réforme des dispositions sur l'enregistrement des documents énoncées dans les lois fédérales en matière de propriété intellectuelle.

G. Conclusion

Le processus actuel visant la constitution d'une sûreté grevant la propriété intellectuelle est caractérisé par une absence de certitude et de clarté. Une réforme du droit dans ce domaine qui tiendrait compte des diverses problématiques signalées dans ce document faciliterait la croissance de ce secteur de plus en plus vital au sein de l'économie canadienne.

VI. IMMEUBLES FÉDÉRAUX

La constitution d'une sûreté sur un immeuble fédéral par un individu ou une entreprise est régie par diverses lois fédérales adoptées à cet égard. Tant les créanciers que les débiteurs ont intérêt à connaître ces diverses lois afin de s'assurer de la validité et du caractère exécutoire des transferts, transports, cessions et autres transactions relatives à des immeubles fédéraux. Un sommaire des dispositions législatives et réglementaires pertinentes apparaît à l'annexe F du présent document.

A. La *Loi sur les immeubles fédéraux*

La *Loi sur les immeubles fédéraux*[79] précise les pouvoirs conférés au gouvernement fédéral en ce qui concerne les immeubles fédéraux. Dans cette loi, le terme « immeubles » s'entend des terres, mines et minéraux ainsi que des bâtiments, ouvrages et autres constructions ou améliorations de surface, de sous-sol ou en surplomb, y compris les droits réels afférents, qu'ils qu'ils soient situés au Canada ou à l'étranger.

L'article 16 confère au gouverneur en conseil les pouvoirs requis à l'égard des immeubles fédéraux. Ainsi, il peut notamment autoriser la vente, la location ou toute autre forme d'aliénation d'immeubles fédéraux. En outre, l'article 16(1) k) lui permet d'autoriser, au nom de Sa Majesté, l'obtention, la quittance ou la mainlevée totale ou partielle d'une hypothèque ou autre garantie se rapportant à une opération régie par cette loi. De plus, l'article 16(2) h) permet au gouverneur en conseil de faire adopter les règlements qui s'imposent pour procéder aux opérations visées à l'article 16(1) de la loi.

Les immeubles fédéraux jouissent d'un statut unique, et il importe de bien en comprendre les mécanismes afin de pouvoir traiter de façon convenable toutes les questions liées aux sûretés constituées sur de tels biens.

En vertu de l'article 91a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*[80], le Parlement fédéral possède la compétence exclusive en ce qui a trait à la dette et la propriété publiques. Par conséquent, la jurisprudence a confirmé que les lois et règlements provinciaux ainsi que les règlements municipaux en matière d'utilisation des biens ne s'appliquent pas aux immeubles fédéraux.[81] Bien que cette compétence ait parfois occasionné des conflits entre les gouvernements fédéral et provinciaux, il n'en demeure pas moins que le gouvernement fédéral est dûment habilité à prendre les mesures qui conviennent à l'égard des immeubles fédéraux; il peut même en toute légalité faire ériger des édifices sur les terrains qui lui appartiennent en contravention des lois provinciales, des règlements municipaux et des lois provinciales sur la construction.[82] La *Loi sur les immeubles fédéraux* établit en fait un régime complet en matière de propriété immobilière, pouvant compter sur des pouvoirs de réglementation très larges de manière à traiter des transactions de tout genre visant des immeubles fédéraux. Notamment, les dispositions de l'article 16(1) de la loi servent à réaliser deux objectifs. En premier lieu, elles confèrent au gouverneur en conseil un vaste éventail de pouvoirs, dont celui de déroger aux règlements d'application du paragraphe (2) de l'article 16. Les pouvoirs dont jouit le gouverneur en conseil en vertu de l'article 16(1) lui permettent notamment d'effectuer des transactions pouvant comporter des aspects particulièrement sensibles.[83] En second lieu, l'article 16(1) confère au gouverneur en conseil le pouvoir d'effectuer des transactions qui ne sont pas prévues à l'article 16(2).[84]

Le législateur fédéral n'a pas adopté des règlements relativement à l'application de l'alinéa h) de l'article 16(2), lequel vise le pouvoir de consentir une hypothèque ou encore d'autres types de sûretés lorsque le prix de vente n'est pas versé avant ou au moment de la clôture de la transaction. Certains auteurs estiment que le pouvoir d'autoriser des transactions de ce type demeure probablement aux mains du gouverneur en conseil en raison du fait que le gouvernement fédéral ne désire pas que la pratique de prêter des sommes d'argent aux acquéreurs de ses immeubles devienne « monnaie courante » , pour ainsi dire.[85]

La *Loi sur les immeubles fédéraux* établit effectivement une structure permettant d'octroyer, de transférer, de céder sous licence ou de louer des immeubles fédéraux. Par contre, il appert de la législation pertinente que le gouvernement fédéral soit moins enclin à prêter des sommes d'argent à ceux qui acquièrent ses immeubles (notamment en consentant alors une hypothèque de manière à garantir ses droits). Effectivement, il n'y a pas eu de délégation, en vertu d'un règlement, du pouvoir d'autoriser l'obtention, la quittance ou la mainlevée d'une hypothèque ou autre garantie lorsque la totalité du prix de vente n'est pas versée avant ou au moment de la clôture de la transaction. Le gouverneur en conseil demeure donc seul habilité à approuver de telles transactions lorsqu'elles se présentent. Bien que ce processus d'approbation peut sembler fastidieux pour certains acquéreurs d'immeubles fédéraux, ce mécanisme a de toute évidence sa raison d'être. En effet, pour éviter d'avoir à traiter avec un débiteur hypothécaire en défaut, le gouvernement préfère vérifier soigneusement la qualité des acquéreurs avant de constituer, le cas échéant, une hypothèque sur un immeuble fédéral.

B. La *Loi sur la gestion des finances publiques*

La *Loi sur la gestion des finances publiques* vise les activités relatives aux créances fédérales et aux sûretés prises à leur égard. Cette loi fut créée afin de pourvoir à la gestion des finances publiques du gouvernement fédéral; les livres de comptes et les sociétés de la Couronne sont notamment établis et gérés par l'entremise de cette loi.

Les modalités relatives aux cessions de créances sur Sa Majesté sont prévues aux articles 66 à 70 de la loi. La définition d'une créance sur Sa Majesté est énoncée à l'article 66 :

« Créance sur Sa Majesté » Dette existante ou future, échue ou à échoir, de Sa Majesté, ainsi que tout autre droit incorporel dont le recouvrement peut être poursuivi en justice contre Sa Majesté. »

En vertu de l'article 67, sous réserve des autres dispositions de la loi ou de toute autre loi fédérale, les créances sur Sa Majesté sont incessibles, et aucune opération censée constituer une cession de créances sur Sa Majesté n'a pour effet de conférer à quiconque un droit ou un recours à leur égard.

L'article 68(1) vient toutefois tempérer le principe énoncé à l'article 67. En effet, en vertu de l'article 68 de la loi, sont cessibles les créances sur Sa Majesté qui correspondent à un montant échu ou à échoir aux termes d'un *marché*, ainsi que *celles qui appartiennent à une catégorie déterminée par règlement*. L'article 68(2) précise davantage les modalités régissant la cession d'une créance sur Sa Majesté : la cession doit être absolue, établie par écrit et signée par le cédant, et elle n'est pas censée faite à titre de *sûreté* seulement; il doit aussi en être donné avis conformément à l'article 69.

L'article 69 de la loi, conjugué aux dispositions du *Règlement sur la cession des dettes de la Couronne*[86], établit un mécanisme spécifique régissant les modalités suivant lesquelles un avis de cession d'une créance sur Sa Majesté doit être donné : l'avis doit être envoyé par courrier recommandé, établi en la forme réglementaire (conformément aux dispositions du *Règlement*), et l'original de l'acte ou une copie authentifiée par un notaire de l'acte de cession doit y être joint, y compris les exemplaires de la facture pertinente, de la première page de l'offre de marché original et du marché original émis par la suite.

Ce mécanisme législatif est susceptible d'engendrer certaines difficultés lors de la constitution d'une sûreté portant sur une créance sur Sa Majesté. Par exemple, un débiteur a-t-il le droit de céder son crédit d'impôt à un de ses créanciers? Le cas échéant, dans quelle mesure doit-on se conformer aux exigences en matière d'avis afin qu'une créance prime par rapport à d'autres cessions de créance sur Sa Majesté? La jurisprudence a tenté de répondre à ces interrogations.

La jurisprudence a notamment été appelée à décider si la cession d'un remboursement d'impôt était permise aux termes de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Dans l'arrêt *Marzetti v. Marzetti*[87], la Cour suprême du Canada a statué qu'un remboursement d'impôt constituait une « créance sur Sa Majesté » en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Par conséquent, puisqu'en vertu de l'article 67 de cette loi une telle créance est incessible, le débiteur n'a pas réussi dans sa tentative de faire cession de son remboursement d'impôt. De plus, la cession d'un remboursement d'impôt n'était pas autorisée, nie ne vertu de cette loi, ni en vertu de quelque autre loi fédérale. Par conséquent, lors d'une faillite, le remboursement d'impôt est affecté à la masse et non pas au seul bénéfice du cessionnaire. Cette décision fut

également suivie par la Cour supérieure du Québec, dans l'arrêt *Arthur Anderson Inc. (Re)* [88].

Dans l'arrêt *Bank of Montreal v. Guarantee Co. of North America*[89], la Cour suprême de la Colombie-Britannique a analysé les exigences en matière d'avis dans le cadre d'une cession de créance sur Sa Majesté. Deux créanciers se disputaient un droit de préférence dans les comptes créditeurs cédés par un débiteur. L'un des créanciers n'avait pas transmis l'avis à la Couronne en se conformant rigoureusement aux dispositions à cet égard. Le juge Skipp a statué que malgré le défaut d'une des parties de se conformer aux modalités prescrites concernant la transmission d'un avis, il appliquerait les principes d'équité pour déterminer la priorité des créances concurrentes en l'instance. Par conséquent, la date de *réception* des avis de cession par la Couronne déterminerait le rang des créances. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a par la suite infirmé ce jugement, estimant que la clause spécifique du document en cause *ne créait pas* une cession absolue, contrairement aux dispositions de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, mais qu'il établissait plutôt un droit de subrogation.[90] La Cour d'appel ne s'est cependant pas prononcée au sujet des commentaires du juge de première instance quant à la date présumée de la notification de l'avis de cession. Toutefois, l'opinion émise par le juge de première instance fut citée avec approbation par le juge Huddart dans l'arrêt *Commercial Union Assurance Co. of Canada v. Surrey (City)* (en commentant l'arrêt *Bank of Montreal v. Guarantee Co. of North America*) :

This assignment [meaning the indemnity executed by the contractor that operates as an assignment of a specific contract debt] will have priority over general assignments of receivables held by a bank, provided that notice of such is provided to the owner prior to notice being provided by the bank.[91]

Il semblerait donc que l'opinion du juge de première instance en ce qui concernait l'avis prévu aux termes de la *Loi sur la gestion des finances publiques* était bien fondée en droit.

C. Cession d'une créance détenue par Sa Majesté au titre d'un cautionnement en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques*

La cession d'une créance détenue par Sa Majesté au titre d'un cautionnement est autorisée aux termes des articles 72 à 75 de la loi. L'article 73 stipule notamment ce qui suit :

73(1) *Devient cessionnaire d'une créance détenue par Sa Majesté au titre d'un cautionnement, sans que Sa Majesté ait à intervenir ou à donner ou recevoir un avis, la personne qui remplit les conditions suivantes* [italiques ajoutées]:

a) elle a livré des fournitures, réalisé une prestation de services ou exécuté des travaux dans le cadre d'un marché pour lequel a été constitué le cautionnement;

b) elle appartient à une catégorie dans le cas de laquelle les paiements sont garantis par le cautionnement;

c) elle n'a pas reçu la totalité des paiements convenus en l'espèce dans le délai applicable, aux termes du cautionnement, à la catégorie à laquelle elle appartient.

Par conséquent, quiconque respecte les exigences énoncées aux alinéas a) à c) de l'article 73, est réputé être un cessionnaire d'une créance détenue par Sa Majesté ayant le droit de réclamer les sommes dues au titre d'un cautionnement. Ces articles n'ont pas fait l'objet d'un examen approfondie par nos tribunaux. Il semblerait donc qu'il s'agit d'une méthode efficace pour la cession de créances dues à la Couronne.

D. Analyse et conclusion

Il existe très peu de jurisprudence au sujet des dispositions visant les sûretés dans le cadre de la *Loi sur les immeubles fédéraux*. Il semble donc que le régime actuel convient aux besoins respectifs de toutes les parties qui y sont prenantes.

De même, il y a peu de décisions se rapportant aux cessions de créances sur Sa Majesté aux termes de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Les modifications, s'il en est, qui seraient apportées à ces lois à l'avenir pourraient comporter quelques ajouts à la définition

d'une « créance sur Sa Majesté » ou des changements aux modalités concernant l'avis d'une cession de créance. La législation serait plus complète si elle énonçait les conséquences du défaut de respecter les modalités en matière d'avis de cession de créance prévues au *Règlement*. En effet, il serait important que les parties à une cession de créance sur Sa Majesté puissent facilement connaître le rang de leur droit en se fondant sur la conformité aux exigences en matière de notification des cessions. Ceci accroîtrait le degré de certitude rattaché à ce type de transaction quant aux droits de préférence des créanciers respectifs.

Le *Règlement sur la cession des dettes de la Couronne* pris en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques* précise les modalités de notification d'une cession de créance sur Sa Majesté. Les avis de cession doivent être transmis par courrier à un établissement situé à Ottawa. Ce mécanisme ne prévoit aucune corrélation entre les avis donnés en vertu de cette loi et ceux donnés en vertu des lois provinciales sur les sûretés. Rien n'y indique que le créancier doive par ailleurs enregistrer la cession en vertu des lois provinciales. Cette lacune sur le plan de la coordination des régimes est apte à susciter de l'incertitude et de la confusion. Par conséquent, les modifications à ces dispositions à l'avenir devraient comporter une incitation à déposer un avis également auprès du registre provincial sur les sûretés mobilières.

VII. LES INDIENS ET LES TERRES RÉSERVÉES POUR LES INDIENS

A. Le régime législatif et réglementaire actuel

L'objectif sous-jacent des dispositions visant les biens des Indiens dans la *Loi sur les Indiens* est de protéger des ingérences et des entraves de la société en général les droits de propriété des Indiens sur leurs terres réservées pour veiller à ce que ceux-ci ne soient pas dépouillés de leurs droits.[92] Un sommaire des dispositions législatives et réglementaires pertinentes apparaît à l'annexe G du présent document.

Le régime juridique visant les biens appartenant aux Indiens est essentiellement régi par les dispositions de l'article 89 de la *Loi sur les Indiens*, en vertu duquel notamment « les biens d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve ne peuvent pas faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution en faveur ou à la demande d'une personne autre qu'un Indien ou une bande. » Bref, règle générale, les biens situés dans une réserve ne peuvent faire l'objet d'une saisie ou d'une exécution de la part d'un créancier. Il y a toutefois deux exceptions importantes à cette règle, énoncées respectivement aux articles 89(1.1) et 89(2) de la loi : les droits découlant d'un bail sur une terre désignée, et les ententes selon lesquelles le droit de propriété ou le droit de possession demeure acquis en tout ou en partie au vendeur.

L'article 55 de la *Loi sur les Indiens* établit un régime d'enregistrement des terres, le *Registre des terres cédées ou désignées*, dans lequel sont consignés tous les détails relatifs à tout acte constitutif d'un droit, d'un intérêt ou d'une charge touchant les réserves et les terres cédées à titre absolu ou désignées, ou tout acte qui vise à transférer, à grever ou à autrement affecter les biens visés par cet article.[93] De plus, l'article 21 de la *Loi sur les Indiens* établit un registre, le *Registre des terres de réserve*, où sont inscrits les détails concernant les certificats de possession et certificats d'occupation, et les autres opérations relatives aux terres situées dans une réserve. Prises globalement, ces deux dispositions permettent l'enregistrement de plusieurs actes – certificats de possession ou d'occupation, permis, restitutions, ventes, renonciations, annulations, mises en garde, baux, et hypothèques.[94]

En vertu de l'article 28 de la *Loi sur les Indiens*, est nulle toute initiative (qu'il s'agisse d'un acte, d'un bail, d'un contrat, d'un instrument, d'un document ou d'un accord de quelque nature, écrit ou oral) par laquelle une bande ou un membre d'une bande est censé permettre à une personne, autre qu'un membre de cette bande, d'occuper ou utiliser une réserve ou de résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

En vertu de l'article 28(2), le ministre peut, à titre d'exception, autoriser toute personne, pour une période maximale d'un an ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour toute période plus longue, à occuper ou utiliser une réserve, ou à résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

En outre, l'article 58(3) de la *Loi sur les Indiens* autorise le ministre à louer au profit de tout Indien, à la demande de celui-ci, la terre dont ce dernier est en possession légitime sans que

celle-ci soit désignée.

B. Considérations d'ordre constitutionnel

Les gouvernements des provinces jouissent, en vertu de la Constitution[95], de la compétence exclusive en matière de propriété et de droits civils des personnes qui ne sont pas des Indiens. Par ailleurs, en vertu de cette même loi, c'est le Parlement fédéral qui possède la compétence en ce qui a trait « aux Indiens et aux terres réservées pour les Indiens » .[96]. Au premier abord, il n'est pas évident à la lecture de *Loi constitutionnelle* que la compétence ainsi conférée au Parlement canadien lui permettre d'agir seul, en lieu et place des provinces, en ce qui a trait aux biens mobiliers et autres des Indiens. La Cour suprême du Canada a toutefois tranché cette question, dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Canard*, en statuant que les biens appartenant aux Indiens relèvent de la compétence du Parlement canadien.[97] Règle générale, le Parlement fédéral a limité ses interventions législatives en ce domaine aux biens situés dans une réserve, laissant le champ libre aux provinces qui désirent légiférer en ce qui a trait aux biens, *situés à l'extérieur* d'une réserve, appartenant à des Indiens.

C. Problématiques liées au régime juridique actuel

1. La difficulté de constituer des sûretés opposables

Le succès d'une relation d'affaires repose essentiellement sur deux éléments – la certitude et la simplicité. Or, le régime juridique actuel visant les biens des Indiens, tel qu'établi en vertu de la *Loi sur les Indiens*, prive souvent les gens d'affaires autochtones de ces deux atouts essentiels. Ceci fait en sorte que les banques et les autres institutions financières peuvent sembler parfois hésitantes à procurer du financement aux entreprises ou gens d'affaires autochtones qui souhaiteraient pourtant pouvoir en obtenir. Le résultat, c'est que l'essor et le développement économique d'une réserve risquent de souffrir d'une telle situation.

2. La constitution de sûretés sur certaines terres

La constitution d'une hypothèque ou d'une autre sûreté grevant des terres situées dans une réserve est difficile à réaliser en raison du régime juridique actuel auquel de tels biens sont assujettis. En vertu de l'article 89 de la *Loi sur les Indiens*, une personne qui n'est pas un Indien peut constituer une sûreté grevant les droits découlant d'un bail sur une terre désignée. [98] Cependant, la constitution d'une hypothèque à l'égard d'un droit découlant d'un bail est souvent une opération beaucoup plus compliquée qu'à l'égard d'un droit détenu en propriété libre; aussi, une sûreté prise à l'égard d'un droit découlant d'un bail est souvent moins attrayante aux yeux d'un prêteur, car elle ne procure pas une garantie aussi forte que sur un droit en propriété libre.[99] De plus, pour être opposable, la garantie doit grever des terres « désignées » , en vertu de l'article 89(1.1) de la *Loi sur les Indiens*. Le créancier hypothécaire doit donc entreprendre des recherches minutieuses pour s'assurer qu'il s'agit bien de terres « désignées » . Cette exigence a pour effet d'accroître, encore une fois, la complexité de la transaction envisagée, ce qui peut dissuader une institution prêteuse de procéder au financement d'un projet situé dans une réserve.

Une fois établi l'acte d'hypothèque visant un prêt consenti à une personne non autochtone à l'égard d'un droit découlant d'un bail, le créancier hypothécaire doit ensuite enregistrer son droit afin de protéger sa créance. L'article 55 de la *Loi sur les Indiens* établit un registre fédéral à cet effet, le *Registre des terres cédées ou désignées*, dans lequel les actes doivent être enregistrés afin de conserver les droits qu'ils constatent.[100] Ici encore, les auteurs relèvent que le mécanisme d'enregistrement est l'une des faiblesses du régime.[101] Tout d'abord, à comparer à l'envergure des dispositions législatives provinciales établissant des régimes d'enregistrement de sûretés mobilières, les dispositions de l'article 55 apparaissent quelque peu squelettiques à cet égard. Aussi, le caractère « rudimentaire » de la structure mise en place laisse planer chez certains le doute quant à la validité des droits que l'on y enregistre, en plus de n'offrir aucune assurance sur le plan du droit de préférence des actes qui y sont enregistrés. [102] Ce qui plus est, le registre est situé à Ottawa, les recherches et l'enregistrement devenant ainsi plus laborieuses à réaliser et plus dispendieuses pour la clientèle de l'extérieur. L'établissement de registres à l'échelle locale, relevant des régions, serait peut être une solution permettant de mitiger ces inconvénients. Enfin, les créanciers hypothécaires demandent souvent que leurs droits soient enregistrés également aux registres de droits immobiliers établis par les provinces. Malheureusement, par le passé le gouvernement fédéral a souvent refusé de permettre l'enregistrement, au palier provincial, des actes affectant les

terres situées dans une réserve: en plus, les lois provinciales en la matière peuvent même parfois empêcher que l'enregistrement de tels documents vaille titre.[103] Une telle situation est encore une fois susceptible de dissuader les banques ou autres institutions prêteuses de procéder au financement d'un projet situé dans une réserve.

En vertu de l'article 58(3) de la *Loi sur les Indiens*, la terre dont un Indien est en possession légitime peut être louée à un tiers. Ces baux ne peuvent toutefois pas être cédés à titre de sûreté bonne et valable. De plus, l'article 28(2) exige l'obtention d'un permis auprès du ministre avant qu'une hypothèque puisse être constituée sur un tel bail. De telles contraintes peuvent ajouter à la complexité et aux délais liés au processus d'enregistrement de tels droits.

Les mécanismes prévus par cette loi pourraient être simplifiés grâce à quelques modifications opportunes qui pourraient être apportées à la loi. Ainsi, une modification visant les articles 29 et 89(1.1) de la loi, à l'effet de préciser que l'hypothèque portant sur un tel bail ferait exception à la règle prévue à l'article 89(1), pourrait pallier certains inconvénients. Aussi, la loi pourrait être amendée de manière à prévoir que l'hypothèque grevant un bail visé à l'article 58(3) de la *Loi sur les Indiens* ou portant sur des terres désignées puisse automatiquement faire l'objet d'un transfert ou d'une cession, sans avoir à obtenir l'assentiment du ministre, (à condition toutefois que la cession de l'acte en cause ait par ailleurs été effectuée en la forme prescrite). Le processus pourrait également être allégé par la suppression de l'obligation d'obtenir un permis auprès du ministre conformément à l'article 28(2) afin de pouvoir hypothéquer un bail. Les baux visant les terres dans une réserve pourraient aussi automatiquement être assujettis à un droit de passage ou à une servitude, ceci pouvant être réalisé par un amendement prévoyant que les droits issus de la *common law* (ou du droit civil, selon le cas) en matière de prescription, de droit de passage et de servitude s'appliquent également aux titulaires de baux à l'égard de telles terres. Les bandes ou les membres d'une bande pourraient avoir le droit de consentir eux-mêmes un bail visant les terres dans leur réserve. Une plus grande certitude serait conférée au régime d'enregistrement établi en vertu de cette loi en précisant que les actes qui y sont enregistrés procurent à leurs titulaires des droits opposables. De plus, les règlements adoptés par les bandes et certains types de résolutions des conseils de bande affectant les terres dans une réserve pourraient être publiés dans un répertoire semblable à celui de la Gazette, permettant ainsi leur consultation par les créanciers intéressés à prêter en contrepartie d'une garantie. Les modifications suggérées ci-dessus ne pourraient que faciliter et simplifier le processus actuel de constitution d'une sûreté sur des terres appartenant à des Indiens.

3. Les sûretés visant des biens meubles

Dans ce domaine, la *Loi sur les Indiens* encore une fois rend plus ardue la constitution par un prêteur d'une sûreté grevant des biens meubles. En effet, en vertu de l'article 89(1) de la loi, les biens d'un Indien ou d'une bande « situés sur une réserve » ne peuvent pas faire l'objet d'une sûreté constituée par « une personne autre qu'un Indien ou une bande » . En outre, l'article 90(1) de la loi précise que les biens meubles qui ont été soit achetés par Sa Majesté avec l'argent des Indiens ou des fonds votés parle Parlement à l'usage et au profit d'Indiens ou de bandes, soit donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d'un traité ou d'un accord entre une une bande et Sa Majesté, sont toujours réputés « situés sur une réserve » .

À titre d'illustration, les sommes d'argent versées à une bande par Sa Majesté et déposées dans un compte de banque situé *à l'extérieur* de la réserve sont réputées situées « sur une réserve » , et donc sont insaisissables et ne peuvent être grevées à titre de garantie.[104]

Il n'existe malheureusement aucune réponse définitive en ce qui concerne les circonstances dans lesquelles des biens sont considérés comme étant « situés sur une réserve » . Les tribunaux se sont penchés sur cette question, la plupart des causes portant sur le volet fiscal lié à l'interprétation de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, bien que les mêmes principes aient également été appliqués dans le cas de biens meubles.[105] Le principe de l'endroit réel où sont situés les biens meubles est celui que l'on applique généralement.[106] En outre, un compte de banque est réputé être situé à l'endroit où les sommes sont payables. Un compte de banque est payable à l'endroit où, dans le cours ordinaire des affaires, les sommes qui y sont déposées seraient payées au titulaire du compte lorsqu'il en demande le paiement, c'est-à-dire la succursale à laquelle il ou elle transige.[107] De plus, le test de l'emplacement prépondérant, tel que proposé dans l'arrêt *Leighton v. B.C.[108]* et adopté également dans l'arrêt *Mitchell,[109]* confirme que le simple fait qu'un bien soit physiquement déplacé à l'extérieur d'une réserve ne signifie pas qu'il ne jouit plus de la protection de l'article 89 de la *Loi sur les Indiens*. Pourvu qu'il subsiste « ..un lien discernable [existant] entre le bien en question et l'occupation des terres réservées par le propriétaire de ce bien... » [110] , le bien en

cause est réputé être situé sur une réserve. Par exemple, dans l'arrêt *Kingsclear Indian Band v. J.E. Brooks & Assoc. Ltd.*, le tribunal a conclu que le fait qu'un autobus soit stationné dans une réserve lorsqu'il n'était pas utilisé constituait un « lien discernable » suffisant pour qu'il puisse bénéficier de la protection prévue à l'article 89.[111]

Cependant, aux termes de l'article 89(2), si le droit de possession demeure acquis au vendeur, il n'est plus à l'abri d'une saisie tel que le prévoit l'article 89(1).[112] Par conséquent, les biens achetés aux termes d'un contrat de vente conditionnelle peuvent être saisis, que ces biens soient situés ou non sur une réserve.[113]

Une société constituée en personne morale ne jouit pas de la protection de l'article 89 contre une saisie, ni même les biens meubles d'un conseil de bande qui a été constitué en personne morale. En effet, une personne morale ne jouit pas de cette protection, car elle n'est pas un « Indien » ni un « conseil de la bande » au sens de ces termes employés à l'article 89.[114] Inversement, les biens meubles d'un conseil de bande non constitué en personne morale sont protégés contre toute saisie ou exécution forcée.

Certains de ces problèmes pourraient être résolus par une clause prévue dans un contrat soustrayant un Indien ou une bande de l'application de l'article 89 aux fins de l'obtention d'un financement; toutefois, il faudrait que les intéressés aient obtenu au préalable une opinion à cet égard auprès d'un conseiller juridique indépendant.

4. L'obtention de garanties

En l'absence de la possibilité pour les prêteurs, les banques et les institutions financières d'obtenir des sûretés traditionnelles, ils peuvent exiger une garantie à l'égard de l'investissement envisagé. Il arrive souvent que l'on doive demander au gouvernement fédéral ou au gouvernement d'une province de fournir des garanties ou des lettres de confort.[115] En outre, il arrive que l'on demande à une bande ou aux membres d'une bande de fournir des garanties, malgré le caractère exécutoire incertain de celles-ci en raison des restrictions imposées par la *Loi sur les Indiens* et le régime juridique sur les biens meubles de ceux-ci.. [116]

5. La saisie-arrêt

Les biens meubles d'un Indien, situés sur une réserve, ne peuvent faire l'objet d'une saisie-arrêt, en vertu de l'article 89 de la *Loi sur les Indiens*. Par contre, la saisie-arrêt peut être employée par les Indiens entre eux à titre de moyen d'exécution contre des biens qui seraient autrement assujettis à la protection de l'article 89.[117] Les tribunaux ont notamment statué qu'il pouvait être plus difficile de procéder à une saisie-arrêt des biens d'une bande,[118] alors que le compte du conseil de bande n'est pas protégé.[119] En effet, un conseil de bande est une personne morale et non pas un « Indien » ou une « bande » au sens de la *Loi sur les Indiens*, et ne jouit donc pas de la protection prévue aux articles 89 et 90 de la loi.

Afin de déterminer si les biens meubles appartenant à un Indien inscrit peuvent faire l'objet d'une saisie-arrêt, les tribunaux ont également eu recours à la « méthode des facteurs de rattachement » énoncée dans l'arrêt *Williams c. Canada*.[120] Dans l'arrêt *Williams*, la Cour suprême du Canada a conclu qu'il fallait considérer la pertinence de divers facteurs de rattachement afin de déterminer si les prestations d'assurance-chômage d'un Indien inscrit sont saisissables ou non. Parmi ceux-ci, signalons (1) le lieu de résidence du débiteur; (2) le lieu de résidence du prestataire; (3) l'endroit où les prestations sont versées; et (4) l'emplacement d'où proviennent les revenus d'emploi. Les tribunaux ont récemment employé cette méthode afin de déterminer si le salaire versé à un Indien inscrit pouvait ou non faire l'objet d'une saisie-arrêt.[121]

6. L'application de l'art. 89 de la Loi sur les Indiens aux terres

En vertu de l'article 29 de la *Loi sur les Indiens*, les terres réservées sont insaisissables. Partant, compte tenu de cette protection prévue à l'article 29, l'article 89 semble plutôt redondant à cet égard. Il n'est pas certain que la protection prévue à l'article 29 vise effectivement les mêmes objectifs que ceux visés à l'article 89,[122] malgré que l'article 29 semble accorder une meilleure protection puisqu'il ne stipule aucune exception permettant la saisie de terres indiennes par d'autres Indiens.[123]

7. La capacité d'un conseil de bande de lier les conseils de bande subséquents

Le statut juridique d'une bande en vertu de la *Loi sur les Indiens* est une qui suscite une certaine inquiétude auprès des créanciers garantis. En effet, aux termes de l'article 2 de cette loi, un « bande » consiste d'un « groupe d'Indiens » et n'est pas une personne morale. Par conséquent, ceci crée de l'incertitude quant à la capacité d'un conseil de bande à entériner pour le compte d'une bande des ententes qui lient juridiquement les parties. En outre, un prêteur cherchera à obtenir l'assurance qu'un conseil de bande subséquent respectera les obligations contractuelles convenues par le conseil de bande précédent. Aussi, le statut juridique équivoque d'une bande et de son conseil ne font qu'accroître l'incertitude quant à la portée de telles assurances.

Des décisions récentes ont statué qu'une bande possède la capacité d'ester en justice, alors que d'autres ont statué qu'une bande ne jouit pas de la personnalité juridique, qu'elle n'est pas non plus une personne morale, et qu'elle ne dispose pas de la capacité juridique requise pour détenir des biens immobiliers.[124] Malgré qu'il puisse être avancé qu'en raison de l'exercice par des bandes et des conseils de bande de certains pouvoirs contractuels elles doivent donc assumer les obligations contractuelles correspondantes, il n'en demeure pas moins que l'incertitude qui règne à cet égard est susceptible de freiner les projets de financement visant le développement des réserves par des bandes et des conseils de bande.

Certaines modifications législatives à la *Loi sur les Indiens* pourraient lever l'incertitude quant à cet aspect. Notamment, il y aurait lieu de clarifier le sens du terme « bande » , en plus de préciser qu'elle jouit effectivement de la personnalité juridique; le cas échéant, la capacité dont jouirait une bande devrait être la même que celle dévolue à une « personne physique » , dotée notamment de la capacité d'ester en justice.

D. Mesures visant la constitution d'une sûreté opposable

Diverses mesures pourraient être envisagées afin de remédier aux contraintes imposées en vertu du régime visant les biens meubles des Indiens établi aux termes de la *Loi sur les Indiens*.

1. Dispense en vertu de l'article 4(2) de la Loi sur les Indiens

Malgré le pouvoir conféré au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien de soustraire notamment les biens meubles de l'application de la loi, la politique adoptée à ce jour par le ministère est de refuser d'accorder des dispenses.[125] Cette politique impose des difficultés indues aux autochtones, puisqu'un Indien inscrit acquiert ce statut pour toute sa vie, peu importe si l'individu réside ou non dans une réserve. Par exemple, les sommes d'argent versées à un Indien inscrit en vertu d'une entente à laquelle le gouvernement fédéral a souscrit sont réputées « situées sur une réserve » , peu importe l'endroit où est établi son compte de banque. Par conséquent, un Indien inscrit résidant à l'extérieur d'une réserve pourrait éprouver des difficultés à obtenir du financement, car les sommes déposées à son compte de banque sont réputées être situées « sur la réserve » , donc insaisissables. Cet état de fait peut mener à des contestations, tant dans l'arène politique que juridique, afin de faire modifier la situation qui prévaut à cet égard.

2. La structure des transactions

Les contraintes imposées en vertu de l'article 89 peuvent être contournées en structurant les transactions de manière à systématiquement conserver au vendeur un droit de possession à l'égard des biens.[126] Par exemple, la vente d'un véhicule à un Indien pourrait être effectuée dans le cadre d'un contrat de vente conditionnelle, de manière à ce que le vendeur puisse reprendre possession du véhicule dans l'éventualité du défaut de paiement de l'individu en cause. Malheureusement, une telle structure ne convient pas à tous les types de transactions.

3. La saisie par un Indien inscrit

Aux termes de la *Loi sur les Indiens*, il est permis à un Indien inscrit de saisir les biens d'un autre Indien inscrit ou d'une bande. Donc, l'une des solutions pourrait être de faire élire un Indien inscrit au conseil d'administration de l'établissement du prêteur et de faire intervenir au contrat de prêt ce membre du conseil d'administration. Ainsi, puisqu'un Indien inscrit est l'une

des parties au contrat, le prêteur sera en mesure de réaliser sa créance sur les biens de l'emprunteur.[127]

E. La *Loi sur la gestion des terres des premières nations*[128]

La *Loi sur la gestion des terres des premières nations* est entrée en vigueur, entérinant ainsi l'*Accord-cadre relatif à la gestion des terres des premières nations* (l'*Accord-cadre*). Cette loi s'applique aux quatorze Premières Nations qui en ont élaboré les dispositions et ont adhéré à l'Accord-cadre au mois de février de l'année 1996. La mise en oeuvre de la loi produira, à plusieurs égards, des effets en ce qui a trait au registre d'enregistrement des terres établi en vertu de la Loi sur les Indiens. Cette loi permet essentiellement aux Premières Nations d'élaborer leur propre régime de gestion des terres et des ressources naturelles. À cet effet, il y est notamment prévu un droit de retrait en vertu duquel les Premières Nations qui le souhaitent peuvent se soustraire aux diverses dispositions de la Loi sur les Indiens relatives à la gestion des terres indiennes. Ainsi, chacune des Premières Nations est habilitée à élaborer et à adopter un « code foncier » visant notamment l'utilisation, l'occupation ou la possession des terres de la Première Nation ainsi que les règles applicables au partage des intérêts des conjoints en cas d'échec du mariage. Une fois la validité du code foncier attestée, le conseil de la Première Nation l'ayant adopté doit mettre à la disposition du public une copie de son code foncier. [129]

En vertu des diverses dispositions pertinentes de la loi, les Premières Nations sont habilitées à mettre en place des régimes d'enregistrement de droits fonciers aux caractéristiques uniques. Ainsi, aux termes du paragraphe a) de l'article 20(1) de la loi, le conseil de la première nation peut prendre des textes législatifs en ce qui touche « les intérêts et les permis relatifs aux terres de la première nation » , le paragraphe b) de l'article 20(2) conférant à la Première Nation le pouvoir de régir « la création, l'acquisition et l'attribution d'intérêts ou de permis relatifs à ces terres et prévoir des interdictions à ce sujet » . De plus, en vertu de l'article 25 de la loi, le gouverneur en conseil peut, sur recommandation du ministre, établir un « Registre des terres des premières nations » semblable à celui établi aux termes de l'article 21 de la *Loi sur les Indiens*. L'article 25 (3) permet notamment que soient pris des règlements concernant la tenue du registre ainsi établi, et visant entre autres les effets de l'enregistrement, notamment sur le rang des intérêts entre eux et les droits exigibles pour tout enregistrement dans ce registre ou tout autre service offert relativement à celui-ci.

F. Les effets de la Loi sur la gestion des terres des premières nations sur le régime d'enregistrement établi en vertu de la Loi sur les Indiens

La *Loi sur la gestion des terres des premières nations* ne s'applique qu'aux terres appartenant aux Premières Nations et, dans cette mesure, le régime établi aux termes de la *Loi sur les Indiens* en ce qui concerne les biens meubles n'est pas touché par ses dispositions. À l'heure actuelle, elle ne s'applique qu'aux quatorze Premières Nations signataires dont le nom apparaît à l'Annexe I de la loi. Si elles le souhaitent, d'autres Premières Nations pourraient s'y assujettir.

Une fois attesté le code foncier adopté par une Première Nation, certaines dispositions du régime d'enregistrement foncier adopté en vertu de la *Loi sur les Indiens* cessent de s'appliquer aux membres de la Première Nation en cause ainsi qu'à leurs terres. Par conséquent, l'article 55 de la *Loi sur les Indiens*, en vertu duquel est établi le *Registre des terres cédées ou désignées* , cesse de s'appliquer à leur égard. En lieu et place, la loi établit à leur profit un nouveau registre, semblable à celui établi en vertu de l'article 21 de la *Loi sur les Indiens*, mais dont la portée est plus large. Par ailleurs, la possibilité de constituer une sûreté grevant les droits découlant d'un bail visant des terres de la Première Nation aux termes de l'article 89(1) subsiste. La *Loi sur la gestion des terres des premières nations* dispose même, à l'article 38, que le code foncier puisse prévoir d'étendre l'application du paragraphe 89(1.1) de la *Loi sur les Indiens* « à tout autre bail relatif aux terres de la première nation » . Le régime général applicable aux sûretés prévu aux articles 89(1) et 89(2) de la *Loi sur les Indiens* demeure intact.

De plus, la loi précise que la Première Nation possède la capacité juridique requise, conférant notamment à une Première Nation, à l'égard de ses terres, l'exercice de la capacité juridique nécessaire à l'exercice de ses attributions et notamment le pouvoir d'acquérir et de détenir des biens meubles et immeubles, de conclure des contrats, de contracter des emprunts, de dépenser ou placer des fonds, et d'ester en justice.[130]

En outre, tout organe mis sur pied en vue de la gestion des terres de la Première Nation est une entité juridique dotée de la capacité d'une personne physique. Ceci tranche avec la *Loi sur les Indiens*, laquelle n'énonce aucune disposition en ce qui concerne le statut juridique des bandes indiennes. Tel que mentionné précédemment, cette omission dans cette dernière loi suscite l'incertitude dans l'esprit des institutions prêteuses. L'ajout à la *Loi sur les Indiens* d'une disposition aussi limpide que celle de la *Loi sur la gestion des terres des premières nations* augmenterait le degré de certitude des transactions effectuées par des créanciers garantis.

Il faut toutefois déplorer que le régime foncier institué en vertu de cette nouvelle loi ne permettra pas de simplifier le régime d'enregistrement pour autant. En fait, la présence d'une multitude de codes fonciers ne fera qu'accroître la complexité des démarches nécessaires afin de constituer une sûreté grevant des terres appartenant à une Première Nation. Deux registres existeront donc en parallèle à l'échelle nationale, chacun servant essentiellement les mêmes fins, ceci ne faisant qu'ajouter à la complexité actuelle du système. L'enregistrement des documents et les recherches dans les registres seront à la fois plus laborieux et dispendieux. Aussi, la *Loi sur la gestion des terres des premières nations* ne confère au gouverneur en conseil que le pouvoir de prendre des règlements portant sur le « rang » des intérêts entre eux. Or, puisqu' aucun règlement n'a été pris à cet égard jusqu'à ce jour, cette question demeure tout autant problématique.

G. La propriété intellectuelle afférente aux droits en matière de biens culturels et d'artisanat

L'article 91de la *Loi sur les Indiens* interdit la vente de certains objets de fabrication artisanale situés sur une réserve. Il s'agit des biens suivants : une maison funéraire indienne; un monument funéraire sculpté; un poteau totémique; un poteau sculpté de maison; une roche ornée d'images gravées ou peintes. Il semblerait que cet article s'applique notamment à des terres sur une réserve visées par un certificat de possession.[131] De toute évidence, cette disposition restreint la possibilité de grever des objets de fabrication artisanale.

Il est certes difficile d'instituer des structures communes en matière de marques de commerce et de droits d'auteur lorsqu'il s'agit de culture amérindienne. Les traditions autochtones ne se prêtent pas facilement à l'assujettissement aux mécanismes de protection établis en vertu du droit en matière de propriété intellectuelle.[132] En outre, il n'est pas certain que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives aux biens meubles s'appliquent à la propriété intellectuelle autochtone. Par conséquent, l'incertitude règne quant à savoir si un créancier est en mesure de constituer une sûreté bonne et valable à l'égard d'un bien assujetti à la propriété intellectuelle d'un Indien ou d'une bande.

VIII. LES SÛRETÉS ET LES GARANTIES NON CONSENSUELLES ISSUES DE LA LÉGISLATION FÉDÉRALE

Contrairement à une sûreté créée aux termes d'une loi provinciale relative aux sûretés mobilières, une sûreté ou une garantie non consensuelle est issue d'une loi et non d'une convention intervenant entre les parties contractantes.[133] La sûreté ou la garantie non consensuelle, selon le cas, crée un droit grevant les biens d'un débiteur afin de garantir le paiement d'une créance. Un sommaire des dispositions des lois et règlements adoptés par le gouvernement fédéral et établissant des sûretés ou garanties non consensuelles apparaît à l'annexe H du présent document.

A. Dispositions législatives et réglementaires

Plusieurs lois fédérales ont pour effet de créer des sûretés et des garanties non consensuelles.

En vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*,*[134]* le ministre peut accepter une garantie, d'un montant et d'une forme acceptables pour lui, du paiement d'un montant qui est à verser ou à payer, ou peut le devenir en vertu de cette loi.[135] L'article 316 de la loi autorise le ministre à émettre un certificat, en guise d'attestation, qui peut par la suite être enregistré auprès de la Cour fédérale, lequel a alors les mêmes effets qu'un jugement de cette cour contre le débiteur. De plus, l'article 317 propose un mécanisme permettant la saisie-arrêt de sommes dues au débiteur. Grâce à cette saisie-arrêt, les sommes d'argent ainsi dues deviennent la propriété de Sa Majesté. Par ailleurs, l'article 222 de la loi établit une fiducie présumée semblable à celle prévue à l'article 227 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le projet de loi C-24, récemment

déposé au Parlement, vise à harmoniser les dispositions en matière de fiducie présumée prévues à *Loi sur la taxe d'accise* avec celles de l'article 227 de la *Loi de l'impôt sur le revenu.*

Plusieurs dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*[136] (LIR) créent des mécanismes imposant des sûretés non consensuelles. Ces sûretés issues des garanties sur les biens d'un débiteur, sont notamment prises lorsqu'un débiteur a omis d'effectuer ses remises de retenues à la source (c.-à-d., l'impôt) au ministre. En vertu de l'article 223, le ministre peut obtenir et enregistrer un certificat attestant des montants payables en vertu de la LIR. Une fois enregistré, il a alors le même effet que s'il s'agissait d'un jugement rendu par la Cour fédérale contre le débiteur. Ce même article prévoit également qu'un bref peut être émis sur la foi de ce certificat en vue de grever d'une charge un bien mobilier ou immobilier du débiteur. Lorsqu'une charge, un privilège, une priorité ou un intérêt obligatoire sont pris en vertu des paragraphes 223(5) et 223(6) de la LIR et enregistrés conformément aux dispositions du paragraphe 87(1) de la LFI, ils sont considérés une créance garantie par une sûreté et, en application du paragraphe 87(2) de la LFI, sont assimilés à une créance garantie aux termes de la LFI.

L'article 224 LIR est essentiellement au même effet que l'article 317 de la *Loi sur la taxe d'accise*, en ce qu'il établit également un mécanisme de saisie-arrêt. En vertu de l'article 224, si un débiteur omet d'effectuer les versements des montants payables à la Couronne (par, exemple, les retenues à la source de ses employés), le ministre peut exiger que les paiements devant être faits par une autre personne au débiteur soient versés au receveur général à la place. Tout comme en vertu de *Loi sur la taxe d'accise*, l'effet de la saisie-arrêt en vertu de cet article est de faire en sorte que les montants deviennent la propriété de Sa Majesté. De plus, l'article 224 permet de recueillir les montants qui seraient autrement payables au débiteur fiscal, sous réserve de la garantie de la Couronne à leur égard.

L'article 227 LIR établit une « fiducie présumée » à l'égard des montants qu'un débiteur fiscal est tenu de déduire ou de retenir des montants en vertu des dispositions réglementaires prises en application du paragraphe 153(1) LIR. Cette fiducie est établie peu importe que le débiteur ait retenu ou non les montants payables aux termes de la LIR, et ces montants sont détenus par priorité sur les garanties autres que celles qui sont « visées par règlement » . Ces garanties « visées par règlement » font maintenant l'objet de précisions plus détaillées dans les dispositions réglementaires prises en vertu de la LIR.[137]

L'article 23 du *Régime de pensions du Canada*[138] établit également une fiducie présumée semblable à celle prévue à la LIR, tout comme l'article 86 de la *Loi sur l'assurance-emploi*,[139] en vertu desquels les montants non versés et payables en vertu de ces lois sont réputés détenus en fiducie pour le compte de Sa Majesté. En outre, l'article 126 de la *Loi sur l'assurance-emploi* et le paragraphe 66(2.7) prévoit également un mécanisme de saisie-arrêt.

En vertu du *Règlement sur la garantie à l'égard des dettes dues à Sa Majesté*,[140] le ministre est habilité à percevoir ou recouvrer toute créance due à Sa Majesté. Le ministre est également autorisé à signer et à remettre, une fois la créance payée, en totalité ou en partie, une quittance à l'égard des biens pris en garantie du paiement de ladite créance.

L'article 13 de la *Loi sur la radio* et l'article 74.1 de la *Loi sur les télécommunications* prévoient que, lorsqu'une personne est trouvée coupable de certains types d'infractions en matière de radiocommunication ou de télécommunications, les dispositifs à l'égard desquels ou avec lesquels l'infraction a été commise peuvent être saisis par la Couronne.[141] En vertu de ces dispositions, la Couronne est tenue de publier un avis de la saisie dans la *Gazette du Canada*. Une fois cet avis publié, toute personne qui prétend détenir un droit à l'égard du dispositif saisi, à titre de propriétaire, de créancier hypothécaire, de titulaire d'un privilège ou de tout droit semblable, peut présenter une requête à une cour supérieure compétente afin d'obtenir une ordonnance déclarant que son droit dans le dispositif n'est pas affecté par la saisie, et déclarant la nature et la portée de son droit ainsi que le rang de ce droit par rapport aux autres droits à l'égard de ce bien. De plus, le tribunal peut ordonner que le dispositif soit livré à une ou à plusieurs personnes, selon le cas, qui selon le tribunal jouissent d'un droit à l'égard du bien en cause, sinon qu'un montant équivalant à la valeur des droits de chacun des titulaires de tels droits leur soit versé.[142]

Bien que les commentaires émis au présent chapitre ont surtout visé les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ils sont tout aussi pertinents quant aux dispositions citées de la *Loi sur la taxe d'accise*, le *Régime de pensions du Canada*, la *Loi sur la radio* et la *Loi sur les*

télécommunications.[143]

B. La *Loi de l'impôt sur le revenu*, la *Loi sur la taxe d'accise* et la fiducie présumée

L'établissement d'un fiducie présumée soulève certaines questions quant à la mesure dans laquelle la fiducie présumée de la Couronne peut prendre un rang prioritaire par rapport aux autres sûretés. Par exemple, dans quelle mesure la Couronne peut-elle ainsi prétendre occuper un rang prioritaire par rapport à la masse d'un failli (à l'égard de retenues à la source non versées), en présence d'autres créances qui ont également été enregistrées par leurs titulaires respectifs? Depuis toujours, le régime juridique visant les sûretés et garanties tant consensuelles que non consensuelles a fait l'objet de vives critiques en raison de l'incapacité de ce régime à définir de manière non équivoque les modalités permettant de résoudre le conflit entre la priorité de rang à accorder à une fiducie présumée par rapport à une sûreté consensuelle.[144]

De plus, les dispositions relatives aux fiducies présumées ont également évolué au fil des ans. Par le passé, en vertu du principe de la fiducie présumée, l'employeur était présumé détenir les montants perçus en fiducie pour Sa Majesté. Or à l'époque, les dispositions pertinentes ne précisaient pas que les montants ainsi perçus constituaient une fiducie présumée, peu importe que les montants en cause soient détenus ou non de façon séparée.[145] Par conséquent, si le contribuable avait omis de tenir le montant payable séparé de ses propres fonds et en fiducie, la Couronne se trouvait dans une situation où elle devait prétendre être titulaire d'un droit à l'égard d'un compte en fiducie qui n'existait pas dans les faits. Par ailleurs, les retenues fiscales sont souvent effectuées sous la forme d'une écriture comptable, et donc les montants retenus demeurent fictifs car, règle générale, aucun montant n'est effectivement transmis au receveur général dès son inscription aux livres.[146]

Pour remédier à cette situation, le Parlement a adopté une autre version des articles 227(4) et 227(5) de la LIR, prévoyant cette fois que toute personne qui déduit ou retient un montant en vertu de cette loi est réputée le détenir en fiducie pour Sa Majesté, séparé de ses propres biens et ne formant pas partie du patrimoine visé par la liquidation, cession, mise sous séquestre ou faillite, que ce montant ait été ou non, en fait, tenu séparé des propres fonds de la personne ou de son patrimoine.[147] Dans l'esprit du législateur, ces précisions avaient pour objet de rendre le régime plus transparent et moins ambigu en ce qui concerne la priorité des droits.

L'arrêt *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.* a fait jurisprudence en se prononçant sur la question de la priorité des sûretés entre une fiducie présumée et une sûreté consensuelle.[148] Dans cette affaire, la Banque prétendait que sa garantie primait sur la fiducie présumée de la Couronne (établie aux termes de l'article 227 LIR), sa Convention générale de garantie et sa garantie en vertu de la *Loi sur les banques* ayant été établies à une date antérieure. En première instance, le tribunal a statué que la fiducie présumée de la Couronne jouissait d'un rang prioritaire par rapport à la Convention générale de la Banque et également par rapport à sa garantie en vertu de la *Loi sur les banques*. La Cour d'appel de l'Alberta, saisie du pourvoi en appel, a quant à elle statué que la sûreté en vertu de la *Loi sur les banques* primait par rapport à la fiducie présumée, et n'a émis aucune opinion quant au rang de la Convention générale de garantie.

Dans la décision rendue à la majorité par la Cour suprême du Canada, celle-ci a statué que la fiducie présumée établie en vertu de l'article 227 LIR était assujettie à la sûreté en vertu de la *Loi sur les banques*. Au nom de la majorité des juges, le juge Iacobucci a affirmé :

« La présomption n'est donc pas un moyen de supprimer une garantie existante. Elle permet plutôt de retourner en arrière pour chercher un élément d'actif qui, au moment où l'impôt est devenu exigible, n'était pas assujetti à une garantie opposée. Bref, la disposition en matière de fiducie réputée ne peut s'appliquer que s'il est préalablement déterminé qu'il existe des éléments d'actifs libres de toute charge qui peuvent faire l'objet d'une fiducie réputée. » [149]

Dans l'affaire *Sparrow*, les stocks en inventaire étaient déjà assujettis à la garantie donnée à la Banque au moment où l'impôt est devenu payable, et n'étaient donc pas libres de tout privilège. Par conséquent, la fiducie présumée au bénéfice de la Couronne ne pouvait avoir préséance par rapport à la garantie détenue par la Banque.

La Cour suprême conclut sa décision en affirmant que les tribunaux ne devraient pas intervenir à l'égard d'une convention générale de garantie (un contrat de grande importance sur lequel

les institutions prêteuses se fondent pour consentir du financement), à moins qu'une loi autorise de façon expresse une telle intervention.[150] La cour a ainsi invité le Parlement à légiférer à cet égard en employant des termes plus clairs et non ambigus. Ainsi, le juge Iacobucci a affirmé :

« Cela ne veut pas dire, toutefois, que le législateur fédéral ne pourrait pas légiférer autrement. Celui-ci a montré qu'il sait comment revendiquer la priorité de rang sur des garanties oppos opposées. Voir Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.; Banque Toronto-Dominion c. M.R.N., [1996] 1 R.C.S. 963, à la p. 975. Tout ce qui est nécessaire pour devancer un privilège fixe et spécifique est un langage clair en ce sens. » (à la page. 431)

....

« Finalement, je tiens à souligner qu'il est loisible au législateur d'intervenir et d'accorder la priorité absolue à la fiducie réputée. Le paragraphe 224(1.2) LIR illustre clairement comment cela pourrait se faire. Cette disposition attribue à Sa Majesté certaines sommes « malgré toute autre garantie au titre de ce[s] somme[s] » , et prévoit qu'elles « doi[vent] être payée[s] au receveur général par priorité sur toute autre garantie au titre de ce[s] somme[s] » . Pour obtenir le résultat souhaité, il suffit d'utiliser des termes aussi clairs. » (à la page 432)[151]

Le 18 juin 1998, le Parlement a donc adopté d'autres modifications à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ces nouvelles dispositions s'appliquant de façon rétroactive au 15 juin 1994. L'intention du législateur était alors de clarifier la priorité accordée au rang des droits de Sa Majesté relativement à certains types de cessions de stocks. En somme, les nouvelles dispositions ont pour effet d'accorder un rang prioritaire à la fiducie présumée par rapport au rang des privilèges et garanties des créanciers antérieurs, sauf à l'égard des charges grevant des biens immobiliers.[152] Ces nouvelles dispositions précisent que toute personne qui déduit ou retient un montant en vertu de la LIR est réputée ce faire nonobstant toute garantie,[153] tel montant étant également réputé détenu en fiducie et ce, nonobstant toute autre loi. La fiducie présumée est en outre de portée limitée, visant uniquement les retenues à la source impayés à l'égard de salaires et seulement le montant principal du montant impayé. Par ailleurs, la jurisprudence était à l'effet que Revenu Canada ne pouvait constituer une fiducie présumée à l'égard des intérêts courus et des pénalités.[154] Aussi, en vertu de ces dispositions, le montant détenu en fiducie devait ainsi être détenu, à compter du moment où le montant a été déduit ou retenu, de façon séparée des propres fonds de la personne qui les détient ou des éléments de son patrimoine. Ces montants sont également être la propriété effective de Sa Majesté, nonobstant toute garantie dont ils sont grevés.

Malgré les tentatives du Parlement visant à rendre plus explicites les règles en matière de priorité en ce qui concerne les fiducies présumées et les sûretés et garanties consensuelles, il semblerait que les nouvelles dispositions ne soient pas encore à toute épreuve. Ainsi, la Cour suprême de la Colombie-Britannique fut récemment appelée à se prononcer au sujet de l'application des articles 227 et 224 de la Loi de l'impôt sur le revenu, dans l'arrêt *Royal Bank of Canada v. Tuxedo Transport Ltd.*[155] Le tribunal devait décider si les dispositions relatives au rang prioritaire des créances et à l'établissement d'une fiducie présumée prévues aux articles 227(4) et 227(4.1) LIR s'appliquaient aux créances comptables futures. Le juge Burnyeat, après avoir analysé les articles pertinents de la LIR, affirme « [t]he clear intent of those provisions is that it is only property in existence which is subject to the trust in favour of Her Majesty » .[156] Il conclut donc que, puisque les créances comptables n'existaient pas au moment où les montants à payer au titre de l'impôt sont devenus payables, ces créances futures ne pouvaient être assujetties à une fiducie au bénéfice de Sa Majesté. Le juge Burnyeat énonce son raisonnement en poursuivant « ... [i]t would not be possible for the debtor or secured creditor to hold that which does not exist from the time the amount was deducted or withheld » .[157] En somme, le tribunal a interprété de façon rigoureuse les dispositions visant l'établissement d'une fiducie présumée, statuant que la fiducie présumée ne pouvait s'appliquer à des biens acquis ultérieurement.[158]

Bien que la cause ait été portée en appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, la perspective adoptée par le juge Burnyeat a également été adoptée récemment par la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan. Dans l'affaire *First Vancouver Finance v. Canada (Minister of National Revenue – M.N.R.)*, le juge Wimmer devait décider si les dispositions en matière de fiducie présumée s'appliquaient à des montants payables en vertu de comptes vendus à une entreprise d'affacturage.[159] En l'occurrence, la société First Vancouver Finance avait acquis à escompte les comptes clients de la compagnie Great West, devenant ainsi « propriétaire » des créances en litige. Par ailleurs, la société Great West devait diverses sommes à Revenu Canada au titre de retenues à la source non versées et de la taxe sur les

produits et services. Le ministère tenta d'obtenir par saisie-arrêt les montants versés par les clients de la compagnie Great West à la société First Vancouver Finance conformément à la convention d'affacturage. En statuant à cet égard, le juge Wimmer s'exprima ainsi :

« The Great West delinquencies in respect of payroll deduction remittances referred to in Revenue Canada's Requirement to Pay arose and were assessed prior to the time when those Canada Safeway invoices [a Great West customer] which were assigned by Great West to First Vancouver came into existence. The accounts were "after acquired property" and not, according to Mr. Justice Burnyeat, subject to the deemed trust. » [160]

Bien que cette décision vienne confirmer l'à propos de recourir au principe des « biens acquis subséquemment » telle qu'appliquée dans l'arrêt *Tuxedo*, il reste à voir si d'autres incertitudes surgiront dans la foulée de cette dernière tentative du Parlement afin d'assurer la primauté de ses garanties fiscales par rapport aux autres sûretés. De plus, les dispositions de l'article 222 de la *Loi sur la taxe d'accise* établissent également une fiducie présumée, mais le libellé de ce texte est encore semblable au libellé des dispositions correspondantes dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* telles qu'elles existaient avant l'arrêt *Sparrow*, et elles ne sont donc pas considérées comme pouvant réellement être opposables aux droits d'un créancier garanti en vertu d'une cession de droits dans des biens.[161]

C. La saisie-arrêt avec droit de préséance aux termes de *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la *Loi sur la taxe d'accise*

Tant en vertu de l'article 224 LIR que de l'article 317(3) LTA, Revenu Canada est autorisé à émettre une lettre, communément appelée une « demande de paiement » , exigeant notamment le versement au ministère des sommes payables au titre des comptes clients du débiteur fiscal. Il est de plus prévu à cet article que la somme doit être payée par priorité sur toute autre garantie au titre de cette somme, d'où leur appellation de « saisie-arrêt avec droit de préséance » .[162] Une telle demande de paiement émise en vertu de la LIR est valable pour une période d'une année, alors que celle émise aux termes de la LTA ne vaut que pour une période de 90 jours; les modifications proposées à cet égard vont dans le sens d'étendre cette période à une année également pour la LTA. Malgré le fait que les demandes de paiement ne visent normalement que les comptes clients, Revenu Canada est habilité à transmettre une lettre de saisie-arrêt à toute institution prêteuse qui s'apprête à avancer des fonds à un débiteur fiscal, même si la créance de l'institution est garantie.[163]

L'incertitude quant aux dispositions en matière de saisie-arrêt prévues dans ces textes réside principalement dans l'interprétation à donner à la définition du terme « garantie » . Cependant, il est généralement admis en droit que dans le cas d'une faillite, une cession de créances comptables n'a pas priorité en présence d'une demande paiement transmise conformément au paragraphe 224(1.2) LIR ou au paragraphe 317(3) de la *Loi sur la taxe d'accise*.[164]

La Cour suprême du Canada a statué que la saisie-arrêt dite avec droit de préséance, soit en vertu de la LIR ou de la LTA, ne prime pas par rapport à une cession générale de comptes clients absolue et inconditionnelle (dont les comptes consentis à l'affacturage). Ainsi, Dans l'arrêt *Alberta Treasury Branches c. Canada (Ministre du Revenu national – M.R.N.)*, la Cour statua majoritairement à l'effet que l'expression « créancier garanti » dans ces lois ne vise pas les personnes qui ont la propriété absolue d'un bien.[165] Par conséquent, en l'instance la cession générale de créances comptables a été considérée comme étant une garantie continue, et non une cession absolue (et le titulaire fut alors réputé être un créancier garanti). La Cour suprême a de plus conclu qu'une cession générale de créances comptables constituait une garantie.

Dans l'arrêt *First Vancouver Finance*,[166] le tribunal avait par ailleurs conclu qu'une demande de paiement ne primait pas par rapport à des comptes clients consentis à l'affacturage (ou vendus) avant la réception d'une demande de paiement. Par contre, la demande de paiement avait priorité par rapport aux comptes consentis à l'affacturage après sa réception.

Le paragraphe 317(3) LTA et le paragraphe 224(1.2) LIR se distinguent notamment en ce que la disposition de la LTA n'est pas faite sous réserve de l'application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Il en résulte donc que les créances fondées en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise* (soit la TPS) doivent être déterminées en fonction des dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI). En vertu de la LFI, les créances de Sa Majesté, dont la TPS aux termes de la *Loi sur la taxe d'accise*, seraient donc traitées comme si elles étaient des créances

ordinaires. Afin de résoudre ce problème, le ministère du revenu pourrait faire valoir ses droits à titre de « propriétaire » dans le cadre de sa réclamation lors d'une faillite et donc, en ce qui a trait à la TPS du moins, pourrait se prévaloir des dispositions législatives pertinentes en plus d'appliquer les principes de *tracing* ou de suivi documentaire, suivant la common law, afin de remonter la piste de la TPS payable.[167] Puisque la loi prévoit que cette disposition vise les sommes payables ou qui deviennent payables après la réception de l'avis exigeant le paiement, et qu'elles sont « la propriété de Sa Majesté » , la réclamation fondée sur la fiducie présumée ne vaudrait qu'à l'égard des créances visées par l'avis et qui existaient à la date de la faillite. Il subsiste un doute toutefois quant à la possibilité d'appliquer les principes de suivi documentaire à l'égard des créances une fois celles-ci devenues la propriété de Sa Majesté.

D. Certificats émis aux termes des articles 223 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et 316 de la *Loi sur la taxe d'accise*

Tel que mentionné précédemment, un certificat ministériel peut être enregistré auprès de la Cour fédérale tant en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* que de la *Loi sur la taxe d'accise*. Une fois enregistré, le certificat a le même effet que s'il s'agissait d'un « jugement » de cette cour. La Cour fédérale peut alors délivrer un extrait du certificat, lequel peut alors être enregistré de manière à grever les biens du débiteur, y compris ses biens-fonds. Une fois enregistré, une sûreté, un privilège ou une autre charge grève le bien meuble ou le bien-fonds du débiteur, selon le cas. L'extrait ainsi enregistré à l'égard des biens du débiteur peut alors faire l'objet de procédures d'exécution de la même manière que tout autre document attestant d'un jugement.

Dans une situation autre qu'une faillite, un extrait ou un bref émis aux termes de la LIR ou de la *Loi sur la taxe d'accise* ne constitue pas une créance garantie, et prend rang après toute charge enregistrée antérieurement à celui-ci.[168] Dans le cas d'une faillite, du moins en ce qui concerne un extrait ou un bref émis aux termes de la LIR, les règles changent. S'il y a faillite ou le dépôt d'une proposition en vertu de la Section I, le document est réputé constituer une sûreté aux fins de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* s'il est enregistré avant la plus hâtive des dates suivantes : a) la date du dépôt de la requête; b) la date de la cession des biens du débiteur; c) la date du dépôt d'un avis d'intention de faire une proposition; ou la date du dépôt de la proposition.[169] Malheureusement, cette exception ne s'applique pas aux extraits et aux brefs enregistrés suivant les dispositions de la *Loi sur la taxe d'accise*.

E. Analyse et conclusion

Bien que le législateur fédéral ait de toute évidence voulu coucher en des termes clairs et sans équivoque, les dispositions visant l'établissement d'une fiducie présumée et la priorité dont jouit Sa Majesté à cet égard, il appert qu'il subsiste encore des incertitudes à ce sujet. La jurisprudence est a constamment maintenu que les tribunaux ne devraient pas interpréter un loi de manière à dépouiller les tiers de leurs droits antérieurs sur des biens, sauf si le législateur a employé des termes clairs et sans équivoque pour manifester son intention de ce faire.[170] Les tribunaux ont ainsi interprété de façon restrictive les lois en cause, rendant souvent inopérantes les dispositions visant la priorité établie dans ces lois ou encore celles en matière de fiducie présumée.[171] Le Parlement se voit donc, encore une fois, contraint de remédier à ces lacunes.

Les auteurs ont indiqué qu'il faudrait procéder à l'adoption d'une solution législative globale afin de résoudre la problématique visant la concurrence des droits de préférence entre les diverses sûretés et garanties consensuelles et non consensuelles.[172] Les lacunes à ce titre sont habituellement de deux ordres : soit que la loi pertinente ne précise pas convenablement les biens assujettis à une sûreté non consensuelle elle, ou encore elle omet de préciser les diverses parties et leur rang respectif.[173]

Il faudra attendre pour savoir si des modifications qui seraient apportées à ces lois finiront par lever l'incertitude qui subsiste à plusieurs égards en ce qui a trait aux droits de préférence afférents aux sûretés et garanties non consensuelles. Il va sans dire que des modifications législatives couchées dans des termes clairs et sans équivoque sont requises, si l'intention du législateur fédéral est bien de conférer une priorité absolue aux droits de Sa Majesté dans ce domaine.

IX. LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ

Les créanciers garantis, en vertu des lois provinciales relatives aux sûretés mobilières, jouissent de deux atouts importants par rapport aux créanciers ordinaires. Tout d'abord, elles permettent à un créancier garanti de saisir les biens grevés et d'en disposer sans intervention judiciaire ni autre et, en plus, elles lui confèrent un rang prioritaire quant à la distribution du produit de la vente des biens grevés en cas d'exécution forcée, sous réserve du respect préalable des formalités d'enregistrement. Les dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI) n'affecte pas sensiblement ce principe de base. Par contre, la LFI a une incidence non négligeable à plusieurs égards quant aux droits des créanciers garantis; partant, il importe d'en tenir compte dans le processus décisionnel lorsqu'un créancier garanti doit composer avec un débiteur défaillant. En fait, la LFI améliore bien souvent la situation des créanciers garantis, ce qui est de nature à les inciter à procéder à la mise en faillite forcée de leurs débiteurs insolvables. Un sommaire des dispositions législatives et réglementaires pertinentes apparaît à l'annexe I du présent document.

A. L'incidence de la LFI sur le rang des sûretés et des garanties

L'ordre de priorité des créances respectives dans le cadre d'une faillite est prescrit aux termes des articles 136 à 147 de la LFI. En vertu de l'article 136, l'ordre de priorité prescrit s'applique « *sous réserve des droits des créanciers garantis* » . En d'autres termes, le rang des créances suivant les régimes établis en vertu des lois provinciales relatives aux sûretés mobilières demeure le même dans le contexte d'une faillite, et ainsi les créanciers garantis ayant dûment enregistré leurs droits demeurent prioritaires, sauf en présence d'une fiducie présumée ou d'un charge au bénéfice de Sa Majesté. Bref, un créancier garanti a le droit de procéder à la réalisation de sa garantie comme si la faillite n'avait pas eu lieu.[174] En réalité, le rang d'un créancier garanti est peut-être même plus avantageux en vertu de la LFI en ce qui a trait aux fiducies présumées et aux charges au bénéfice de Sa Majesté.

1. Les réclamations de la Couronne et des créanciers garantis aux termes de la LFI

Le rang des réclamations garanties crées par législation et des réclamations des créanciers garantis sont sensiblement affectés advenant la faillite du débiteur et même, souvent, il est inversé.[175] En effet, en vertu du paragraphe 86(1) de la LFI, les réclamations – y compris les réclamations garanties – de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province ou d'un organisme compétent au titre d'une loi sur les accidents de travail, prennent rang comme réclamations non garanties, à moins qu'elles n'aient été enregistrées conformément aux dispositions de l'article 87. En vertu de l'article 87, les garanties de Sa Majesté ne sont valides que si elles sont enregistrées conformément à un système d'enregistrement de sûretés utilisé par tout créancier et accessible au public pour fins de consultation. Dans les provinces ayant adopté une loi relative à l'enregistrement des sûretés mobilières, ceci signifie que les garanties de Sa Majesté doivent avoir été enregistrées en vertu du régime provincial établi en vertu d'une telle loi. Le paragraphe 87(2) fait donc en sorte que les garanties de Sa Majesté enregistrées en vertu d'un tel régime ne jouissent pas d'une préséance spéciale par rapport aux autres réclamations garanties. Les garanties de Sa Majesté sont ainsi assujetties à la règle de la priorité d'enregistrement ou de premier déposant afin d'en établir le rang, tout comme les autres créanciers garantis.

Par ailleurs, le paragraphe 67(2) LFI énonce que, par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens du failli ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas. Par conséquent, la fiducie présumée au bénéfice de Sa Majesté doit être valide d'après la common law afin qu'elle puisse jouir d'un rang prioritaire. Les seules exceptions à la règle visent les réclamations du ministère du revenu au titre des retenues d'impôt, ainsi que les remises aux termes de la *Loi sur l'assurance-emploi* et du *Régime de pensions du Canada* [par. 67(3) LFI].

2. Le droit de distraire conféré au locateur en vertu de la *Loi sur la location commerciale*

En vertu de la *Loi sur la location commerciale*, le locateur a le droit de pratiquer une saisie-gagerie sur les objets du locataire et de les vendre, en cas de non paiement du loyer.[176] Ce droit de distraire s'applique à tous les objets se trouvant sur les lieux et appartenant au locataire, qu'ils soient ou non grevés d'une sûreté ou d'une charge. En outre, il est admis en jurisprudence que le droit de distraire du locateur n'est pas restreint à la seule valeur résiduelle du locataire dans lesdits biens (*Commercial Credit Corp. Ltd. v. Harry D. Shields Ltd.* (1980), 29 O.R. (2d) 106, confirmé dans 32 O.R. (2d) 703. Il convient de souligner que ce droit du

locateur peut être exercé même après la prise de possession des lieux par le séquestre.[177]

Or, advenant une faillite, le droit de distraction au profit du locateur est considérablement altéré. En effet, en vertu de l'alinéa f) du paragraphe 136(1) LFI, si le locataire fait faillite, ce droit de distraction est remplacé par une réclamation privilégiée quant aux arriérés de loyer pour une période de trois mois précédant la faillite et, le cas échéant, le loyer exigible par anticipation pour une somme correspondant à trois mois de loyer au plus. Les réclamations privilégiées étant assujetties aux droits des créanciers garantis, l'effet de cette disposition est d'accorder aux créanciers garantis un rang prioritaire par rapport à un locateur désirant user de son droit de distraction. Il en résulte souvent une course entre locateurs et créanciers garantis dont l'issue dépendra de la diligence de chacun dans l'exercice des droits respectifs qu'ils possèdent.[178]

L'exemple précédant illustre dans quelle mesure la situation juridique d'un créancier garanti peut être renforcée dans le cadre d'une faillite en ce qui concerne le rang de sa créance. Cet atout devrait être considéré dans le cadre de la stratégie adoptée par un créancier garanti advenant le défaut d'un débiteur qui serait possiblement en situation d'insolvabilité. Les tribunaux ont opiné qu'il n'y avait rien à reprocher à un créancier garanti qui procède à la mise en faillite d'un débiteur insolvable afin de s'assurer un rang prioritaire par rapport à un créancier privilégié : *Re Fresh Air Fireplaces of Canada Ltd.* (1986), 62 C.B.R. (N.S.) 39, conf. 65 C.B.R. (N.S.) 21 (C.A. Alb.). Cette décision fait de la LFI un outil stratégique précieux à la disposition des créanciers garantis.

B. Avis requis aux termes de la *Loi sur les sûretés mobilières* et la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*

1. Avis requis aux termes de la *Loi sur les sûretés mobilières* et d'après la common law

En vertu de l'article 63(4) de la *Loi sur les sûretés mobilières*, le créancier garanti doit donner un avis écrit d'au mois 15 jours au débiteur et aux autres personnes possédant un intérêt dans les biens grevés avant de disposer de ceux-ci. L'article 63(7) énonce les circonstances dans lesquelles l'avis n'est pas nécessaire. Ainsi, un tel avis n'est pas nécessaire lorsque les biens grevés sont périssables ou lorsque le créancier garanti a des motifs raisonnables de croire que les biens grevés se déprécieront rapidement. La pertinence des « motifs raisonnables » est déterminée par la jurisprudence. La common law impose ainsi ses propres critères quant au préavis à donner par un créancier garanti. L'arrêt *Lister v. Dunlop* (1982), 135 D.L.R. (3d) 1 fait jurisprudence en la matière, précisant que le créancier garanti doit donner un préavis raisonnable au débiteur, eu égard à toutes les circonstances en l'espèce, avant de procéder à la réalisation de sa garantie.[179] Selon les tribunaux, dans certaines circonstances, il se peut qu'il soit raisonnable de ne donner aucun avis avant de procéder à la réalisation de la garantie, ou encore un préavis très court. Par exemple, le créancier peut être justifié d'appréhender des manoeuvres malhonnêtes de la part du débiteur, ou de craindre que ce dernier dilapide les biens grevés.[180]

Cette exigence de la common law quant à la nécessité de donner un préavis raisonnable rend la tâche délicate pour un créancier garanti, qui doit donc peser toutes les circonstances – souvent sur la foi de renseignements incomplets – pour savoir si le préavis est raisonnable en l'espèce. Cette décision implique une grande prudence de la part du créancier, lequel s'expose à des dommages-intérêts considérables s'il ne donne pas un préavis jugé suffisant. Ainsi, par rapport aux exigences de la common law, le délai de 15 jours prévu dans la *Loi sur les sûretés mobilières* a l'avantage d'accroître le degré de certitude des créanciers garantis à cet égard.

2. Préavis en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*

En vertu du paragraphe 244(1) LFI, le créancier garanti qui se propose de mettre à exécution une garantie portant sur la totalité ou la quasi-totalité du stock, des comptes recevables ou des autres biens d'une personne insolvable acquis ou utilisés dans le cadre des affaires de cette dernière doit lui donner un préavis en la forme et de la manière prescrites. Ces dispositions sont impératives en ce qui concerne les contrats de garantie prévoyant la mise à exécution immédiate de la garantie en cas de défaut du débiteur. Le créancier garanti ne peut mettre à exécution de sa garantie avant l'expiration d'un délai de dix jours suivant l'envoi du préavis. Ce gel des mesures d'exécution est censé donner suffisamment de temps au débiteur pour rétablir sa situation financière. Il ne s'applique qu'à un débiteur insolvable, par opposition à un débiteur en faillite, sans doute parce qu'un tel délai ne serait pas très utile à ce dernier.[181]

Bien qu'à prime abord l'article 244 puisse sembler imposer une contrainte aux droits des créanciers garantis, le préavis de dix jours a le mérite d'accroître le degré de certitude des créanciers garantis cherchant à déterminer quel délai constituerait un préavis raisonnable. Pourvu que le débiteur soit insolvable et qu'il n'existe aucune circonstance spéciale, le créancier garanti qui se prévaut de cette disposition peut être confiant quant au fait que ce préavis de dix jours sera suffisant aux termes des critères de la common law en ce qui concerne le caractère raisonnable du préavis. Cette situation est certes préférable à celle où il doit essayer de deviner ce qu'un tribunal pourrait considérer comme étant un préavis raisonnable dans les circonstances. La période plus courte que celle prévue pour donner un avis en vertu de la *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario est également plus avantageuse pour les créanciers garantis.

Le risque qu'un débiteur tente de disposer des biens grevés pendant ce délai de dix jours est tempéré grâce aux dispositions de l'article 47 de la LFI. Cet article autorise le tribunal à nommer un syndic à titre de séquestre intérimaire de tout ou partie des biens du débiteur faisant l'objet de la garantie sur laquelle porte le préavis. Le tribunal peut notamment donner au séquestre intérimaire divers pouvoirs, dont celui de prendre possession des biens du débiteur et d'exercer sur les affaires du débiteur le degré de contrôle que le tribunal estime approprié. Afin d'obtenir la nomination d'un séquestre intérimaire, le créancier doit démontrer au tribunal que cela est nécessaire pour protéger soit l'actif du débiteur, soit les intérêts du créancier qui a donné le préavis. Quant à la preuve nécessaire pour démontrer la nécessité de protéger ses intérêts, le créancier doit démontrer qu'il existe un danger réel et immédiat que les éléments de l'actif du débiteur soient dissipés au détriment des droits du créancier garanti : *Royal Bank v. Zutphen Brothers Construction Ltd.* (1993), 17 C.B.R. (3d) 314 (N.S.T.D.).

Comme sous le régime de l'article 244 de la loi, l'article 47 établit un mécanisme émanant d'une disposition législative à cet effet, par opposition aux mesures conservatoires qu'un créancier pourrait par ailleurs entreprendre en exerçant sa garantie de son propre chef. Ainsi, un créancier serait peut-être mieux avisé d'obtenir la sanction du tribunal au lieu de procéder immédiatement lui-même à l'exécution de sa garantie en se fondant sur sa croyance que les biens du failli sont sur le point d'être dilapidés. En procédant lui-même le créancier s'expose à des dommages, et ce risque est souvent difficile à évaluer avant coup.

Le préavis prévu à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* est une mesure qui favorise à la fois les créanciers et les débiteurs, en ce qu'il en découle un degré de certitude plus élevé que dans le cadre d'un autre processus des plus incertains. De plus, les mécanismes prévus aux articles 244 et 47 de la LFI améliorent le lot du créancier garanti par rapport à la situation qui prévaut en présence d'un débiteur défaillant qui ne serait pas en situation d'insolvabilité par ailleurs.

C. Interaction des dispositions de la LFI et de la *Loi sur les douanes*

Aux termes de la *Loi sur les douanes*, les marchandises importées au Canada peuvent être constituées en gages au profit de Sa Majesté en garantie du paiement des droits exigibles à leur égard.[182] En général, ces droits sont versés par le courtier en douanes au nom de l'importateur, et le courtier ajoute ces déboursés à ses honoraires lorsqu'il présente son compte à l'importateur. Il est admis en jurisprudence que le courtier en douanes jouit alors du même traitement à l'égard de sa créance que Sa Majesté, puisque ce gage a pour seul but de garantir une créance de Sa Majesté.[183]

Un problème survient cependant lorsqu'un courtier en douanes obtient la possession des marchandises à l'égard desquelles Sa Majesté jouit par ailleurs d'un gage en garantie des droits impayés, et que l'importateur devient par la suite insolvable ou fait faillite. En effet, l'article 87 de la LFI prévoit qu'une garantie créée aux termes d'une loi dans le seul but de protéger une réclamation de Sa Majesté n'est valide, dans le cadre d'une faillite, que si elle a été *enregistrée*. L'article 87 est muet quant aux garanties dont la perfection a été réalisée par possession. Or, le gage d'un courtier en douanes n'étant pas habituellement enregistré, l'article 87 a généralement pour effet d'invalider cette garantie. N'étant donc plus considéré comme étant un créancier garanti, le courtier ne sera plus en mesure de mettre à exécution sa garantie sur les biens dont il est en possession, ni même de disposer de ces biens, en raison des dispositions de l'article 69 de la LFI qui s'appliquent lors du dépôt d'un avis d'intention ou d'une proposition. Mais si le courtier libère les marchandises au profit de l'importateur, il perd alors son statut de créancier garanti dont la créance a été parfaite aux termes des lois provinciales en matière de sûretés mobilières. Par conséquent, le courtier pourrait bien devoir conserver indéfiniment la possession des marchandises, sans même disposer du droit de mettre sa garantie à exécution.[184] Tout le monde perd dans une telle situation. Quant au courtier, il est probable que les marchandises conservées sur une longue période perdent beaucoup de

valeur. Quant au débiteur insolvable, sa situation devient encore plus intenable s'il n'a pas accès à ses stocks et n'est alors pas en mesure de présenter une proposition réaliste à ses créanciers. Les autres créanciers y perdront aussi si la valeur des marchandises grevées diminue.

Cette impasse juridique née de l'interaction de la Loi sur les douanes et de la LFI a fait l'objet de critiques de la part de nos tribunaux. Ce fut le cas notamment dans l'arrêt *Solemate Calderone Corp. v. Peace Bridge Brokerage Ltd.* (décision rendue le 21 juillet 1998, à Toronto, dossier 31-346242 (Div. gén. Ont.). Il s'agissait d'un commerce de chaussures à succursales multiples (« Solemate ») qui avait déposé un avis d'intention de présenter une proposition et qui s'apprêtait à mettre de l'avant une proposition raisonnable. Or, ses efforts ont été anéantis lorsque la société Peace Bridge, un courtier en douanes auquel Solemate devait environ 300 000 $, procéda à la saisie d'une importante cargaison de marchandises. Il s'agissait de chaussures adaptées à la saison en cours, dont la valeur diminuerait rapidement si elles devaient rester longtemps entreposées. Solemate plaida qu'il fallait enjoindre au courtier Peace Bridge de lui remettre les marchandises, la possession de celles-ci aux mains de Solemate étant cruciale à la réussite de sa proposition. Le courtier Peace Bridge avançait, quant à lui, que s'il remettait les marchandises, il perdrait le gage possessoire qu'il détenait aux termes de la *Loi sur les sûretés mobilières*. En outre, le courtier Peace Bridge faisait valoir que le contrat avec Solemate stipulait que le courtier avait un droit de rétention sur les marchandises jusqu'à parfait paiement. Le juge Farley statua qu'en vertu du contrat, effectivement le courtier n'était pas obligé de remettre la possession des marchandises à son client. En plus, cependant, il statua qu'en vertu de l'article 69 de la LFI, le courtier n'avait pas le droit de vendre ni de disposer autrement des marchandises. Au passage, le tribunal critiqua le caractère loufoque, à ses yeux, de cette interaction entre les dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et de la *Loi sur les douanes*, tout en refusant d'accorder au courtier une ordonnance de suspension des procédures conformément au paragraphe 69(4) de la LFI, ce qui lui aurait permis de disposer des marchandises.

Les problèmes soulevés dans l'arrêt *Solemate Calderone* pourraient être résolus en modifiant la LFI de manière à ce que la validité des réclamations garanties de Sa Majesté puisse être décidée essentiellement en fonction de critères liés à l'enregistrement et à la possession. À défaut de procéder ainsi, l'on pourrait modifier les dispositions de la LFI de manière à ce qu'un créancier garanti, dont les droits ne sont pas enregistrés et qui est en possession des biens grevés, puisse être contraint de les rendre au débiteur lorsque ce dernier peut démontrer que ces biens lui sont nécessaires en vue de lui permettre de présenter une proposition qui a des chances de réussir. Cette dernière méthode aurait notamment le mérite de respecter la tendance jurisprudentielle à l'effet que la volonté de favoriser la réorganisation des entreprises en difficulté est l'une des pierres angulaires de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.[185] À tout événement, une réforme sous une forme ou une autre serait à souhaiter à cet égard. Plusieurs entreprises canadiennes sont actives dans le secteur de l'importation, et il est inévitable que parmi celles-ci il y en aura chaque année qui se retrouveront en situation d'insolvabilité.

D. Conclusion

Règle générale, les dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* n'ont pas pour effet de modifier les règles des régimes établis en vertu des lois provinciales relatives aux sûretés mobilières en ce qui a trait aux créanciers garantis. Cette loi permet aux

créanciers garantis de conserver leurs droits en ce qui a trait au rang et à l'exécution des garanties qu'ils détiennent. Elle bonifie même les droits des créanciers garantis dans certaines circonstances. Ceci en fait un outil fort précieux pour les créanciers garantis souhaitant mettre à exécution les droits dont ils disposent à cet égard.

X. LES PENSIONS ET AUTRES TYPES DE PRESTATIONS

A. Le régime législatif et réglementaire actuel

Plusieurs lois fédérales visent à procurer des pensions ou des prestations à diverses personnes vivant au sein de la société canadienne. En vertu des dispositions de ces lois, les pensions et les autres types de prestations qu'elles établissent *ne peuvent pas* être cédées ni données en garantie d'une obligation; elles sont de plus insaisissables et ne peuvent faire l'objet de d'exécution forcée. Un sommaire des dispositions législatives et réglementaires pertinentes

apparaît à l'annexe J du présent document.

Les lois suivantes établissent des pensions et d'autres types de prestations, sous réserve des restrictions énoncées ci-dessus :

Le *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, par. 65(1) (Cette loi n'interdit pas de façon expresse la saisie des prestations payables en vertu du régime ni l'exécution forcée, mais elle prévoit par contre la nullité de toute transaction ayant pour objet de céder ou de constituer une garantie à leur égard.);

la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-17, articles 14 et 70;

la *Loi sur les prestations d'adaptation pour les travailleurs*, L.R.C. (1985), ch. L-1, article 23 (Cet article prévoit notamment la nullité de toute transaction ayant pour objet de céder ou de constituer une garantie à l'égard des prestations; la loi n'interdit pas la saisie des prestations ni l'exécution forcée.);

la *Loi sur les allocations de retraite des parlementaires*, L.R.C. (1985), ch. M-5, art. 60;

la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 36(1);

la *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36, par. 10(10) et article 58;

la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-11, par. 9(7); et

la *Loi sur les régimes de retraite particuliers*, 1992, ch. 46, art. 22.

La *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. (1985), ch. 32 (2e suppl.) est le le texte législatif fédéral le plus important dans le domaine des pensions, bien qu'il n'en établisse aucune comme tel. Cette loi concerne « les régimes de pension institués et gérés en faveur de personnes dont l'emploi est lié à des ouvrages, entreprises ou activités de compétence fédérale » .[186] En vertu du paragraphe 4(4), cette loi s'applique à divers régimes de pensions de retraite dans plusieurs secteurs, dont la l'expédition et les chemins de fer, les lignes aériennes, les banques, et en général à tout régime de pensions « lié ou rattaché à la mise en service d'un ouvrage, d'une entreprise ou d'une activité de compétence fédérale » . Le paragraphe 36(2) stipule qu'est nul toute entente visant à céder ou grever à titre de paiement ou garantie une prestation prévue par un régime de pension, ou les sommes retirées d'un fonds de pension.[187]

Les dispositions visant à restreindre la capacité des créanciers de prendre des pensions en garantie sont fondées sur la politique voulant qu'il importe de sauvegarder les revenus de base des personnes à la retraite recevant une pension ou d'autres types de prestations. Mais elles ont aussi pour effet d'occasionner certaines difficultés aux créanciers qui ne peuvent alors obtenir des garanties à l'égard d'un actif précieux, une pension ou un autre type de prestation. Souvent, la pension de retraite ou les prestations d'une personne à la retraite constituent l'actif le plus précieux de cette personne. Il peut donc arriver que des institutions prêteuses refusent de consentir un prêt à certaines de ces personnes qui en auraient pourtant besoin, car ils ne peuvent obtenir une garantie pour les sommes qui seraient avancées.

B. La saisie-arrêt et la distraction de pensions

Dans certaines circonstances, la loi permet la saisie-arrêt de prestations de pension. Par exemple, la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions* autorise la saisie-arrêt entre les mains de Sa Majesté de prestations de pension payables par Sa Majesté.[188] Les fonds de pension assujettis à une telle saisie-arrêt sont énumérés à l'annexe de cette loi. Par exemple, une saisie-arrêt peut être pratiquée sur les prestations de pension payables en vertu des fonds de pension établis aux termes de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, et de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, entre autres. Notamment, la *Loi sur la saisie-arrêt et la*

distraction de pensions autoriseles saisies-arrêts pour satisfaire les ordonnances de soutien financier rendues dans le cadre d'un litige matrimonial.[189].

La distraction opérée en vertu de la saisie-arrêt est essentiellement une charge, et donc une sûreté, constituée à l'égard des pensions et autres prestations établies aux termes de diverses lois fédérales en la matière.

1. Le partage des prestations de retraite entre les conjoints

Le gouvernement fédéral a adopté des dispositions législatives établissant un mécanisme de partage entre les conjoints (ou anciens conjoints) des pensions, des crédits y afférents et des prestations de retraite.[190] Auparavant, aucune législation fédérale ne prévoyait un mécanisme en vertu duquel les administrateurs de régimes de retraite avaient l'obligation et disposaient du pouvoir de partager les prestations de retraite à la source. Par conséquent, il arrivait souvent que les administrateurs de régimes de retraite ne donnent pas suite aux jugements des tribunaux ordonnant le partage des prestations de retraite.[191] Ceci affectait considérablement la capacité d'un conjoint (ou d'un ancien conjoint) d'obtenir la distraction de la pension et des prestations de retraite malgré une ordonnance du tribunal à cet effet. Ainsi, en vertu des lois antérieures, même si un conjoint (ou ancien conjoint) avait obtenu une ordonnance à l'effet de distraire les sommes auquel il ou elle avait droit, les services administratifs du fonds de retraite n'étaient pas obligés d'effectuer le partage à la source, de manière à payer à la fois le conjoint et l'intimé(e) à la requête. En outre, lors d'une cause devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, un témoignage fut rendu à l'effet que les services administratifs du fonds de pension établi en vertu de la *Loi sur la pension de la fonction publique* ne donneraient pas suite à un jugement ordonnant le partage à la source des prestations de retraite.[192] Ainsi, les conjoints devaient se résoudre à entreprendre seuls les démarches en vue d'obtenir les prestations de pension qui leur revenaient au titre des ordonnances de soutien prononcées en leur faveur. Ceci suscitait de l'incertitude quant aux effets pratiques que l'on pouvait espérer en vertu des dispositions de la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions*.

Certains tribunaux ont imaginé des stratégies novatrices pour venir en aide aux conjoints cherchant à récupérer les sommes qui leur revenaient au titre des fonds de retraite et des prestations de pension. Ainsi, dans l'arrêt *Britney v. Britney*, le tribunal a ordonné que le droit de la partie demanderesse au partage des sommes garnissant le fonds de retraite de son conjoint constitue une mesure de soutien alimentaire, de manière à rendre l'ordonnance susceptible d'exécution par voie de saisie-arrêt des sommes visées.[193] Or, le fait d'assimiler les montants dus au titre d'un fonds de pension à une obligation de soutien alimentaire peut occasionner d'autres problèmes.[194] Par exemple, advenant le prédécès du créancier alimentaire, sa succession pourrait se voir empêchée de percevoir le solde des prestations de pension car l'obligation alimentaire est réputée prendre fin au décès du créancier alimentaire.

Afin de résoudre ces problèmes, et également dans le but de préciser les modalités de partage des prestations de pension entre conjoints et anciens conjoints, le législateur fédéral adopta en 1994 la *Loi sur le partage des prestations de retraite*. Cette loi régit bon nombre de fonds de pensions établis aux termes des lois fédérales, dont ceux établis en vertu de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, et de la *Loi sur les régimes de retraite particuliers*, entre autres. La *Loi sur le partage des prestations de retraite* précise notamment les circonstances justifiant le partage des prestations de pension des participants, les méthodes prescrites autorisant le partage, le versement de sommes forfaitaires, ainsi que les diverses modalités de partage des prestations de pension. Grâce à cette loi, il y a maintenant moins d'incertitude en matière de partage des prestations de retraite à la suite d'une ordonnance d'un tribunal ou d'un accord intervenu entre les conjoints.

2. Nomination d'un séquestre et faillite

Les tribunaux ont parfois cherché à faire nommer un séquestre afin que celui-ci procède à la répartition des droits dans des fonds de pension. Malheureusement, la jurisprudence n'est pas fixée quant au bien-fondé de la nomination d'un séquestre détenant le pouvoir de saisir des sommes garnissant un fonds de retraite.

À titre d'illustration, il fut statué que les dispositions de la *Loi sur la pension de la fonction publique* interdisent le recours à une décision « en équité » à cet égard, ce que constitue notamment la nomination d'un séquestre dans ce contexte. Dans une décision ontarienne, le juge Rutherford a ordonné l'annulation des mentions contenues dans une ordonnance rendue en chambre de pratique prévoyant la nomination d'un séquestre devant agir pour le compte de la partie intimée afin que la partie requérante puisse recevoir les prestations de pension et les remboursements d'impôt qui pourraient être obtenus par la partie intimée.[195]

Le tribunal analysa le mécanisme établi en vertu du paragraphe 10(10) de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, cette disposition stipulant que les prestations de pension sont, en droit *ou en équité*, exemptes d'exécution de saisie et de saisie-arrêt. Le tribunal en conclut donc que, puisque la nomination d'un séquestre constituait une solution *en équité*, le mécanisme législatif prévu dans la loi ne permettait pas la nomination d'un séquestre en lieu et place de la partie intimée. La nomination d'un séquestre fut considérée par le tribunal comme représentant une tentative d'obvier aux règles claires mises en place par une disposition législative du Parlement visant la distraction de sommes payables par Sa Majesté à des débiteurs dont l'obligation est issue d'un jugement. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a également statué en ce sens, refusant de nommer un séquestre aux fins de recevoir des prestations de pension versées au débiteur dont l'obligation est issue d'un jugement, ces prestations étant payables à même un fonds de pension enregistré aux termes de la *Pension Benefits Standards Act* de la Colombie-Britannique.[196] Le juge Meredith a conclu qu'en raison des dispositions de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* et du *Régime de pensions du Canada* interdisant de grever et de céder les prestations et les déclarant exemptes de saisie et d'exécution, tant en droit qu'en équité, la nomination d'un séquestre violerait ces principes. Le tribunal a également opiné que le fait de saisir les prestations du débiteur le forcerait sans doute à faire appel à l'aide sociale, faisant en sorte que le public se trouverait ainsi à payer indirectement le créancier.

Par ailleurs, dans diverses autres décisions, il fut statué qu'un séquestre pouvait effectivement être nommé aux fins de recevoir les prestations payables au débiteur aux termes du régime de retraite de son employeur. Dans l'arrêt *Frueh v. Mair*, le tribunal statua que la nomination d'un séquestre aux fins de recevoir les prestations versées au débiteur par l'employeur de ce dernier à même son régime de retraite ne violerait pas les dispositions de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*.[197] Le tribunal a de plus statué que le paragraphe 85(1) de la *Civil Enforcement Act (Alberta)* autorisait la nomination d'un séquestre lorsque la réalisation à l'égard d'un bien d'un débiteur ne pouvait se faire commodément. Le tribunal ajouta que la définition contemporaine de la saisie-arrêt dans le contexte de la *Civil Enforcement Act (Alberta)* ne visait pas la nomination d'un séquestre. Dans l'arrêt *Re Burton*, le tribunal a conclu que les paiements faits au titre du *Régime de pensions du Canada* à un failli pouvaient être recouvrés par les créanciers en vertu du paragraphe 68(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.[198] Dans cette affaire, le registraire Ferron statua qu'aucune disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* n'interdisait un paiement effectué de cette manière. Dans*Re Halldorsson*, le tribunal statua qu'une prestation d'invalidité reçue par un failli en vertu du *Régime de pensions du Canada* pouvait être saisie, le cas échéant, par les créanciers du failli.[199]

Il ne se dessine présentement aucune approche cohérente en jurisprudence quant au traitement réservé aux pensions lors d'une faillite ni quant à savoir si un séquestre peut être nommé aux fins de percevoir au nom d'un débiteur (ou d'un ancien conjoint) les prestations de pension et autres découlant de son régime de pension. L'effet combiné de l'application des diverses législations fédérales et provinciales pertinentes résulte en une incohérence des décisions rendues par les tribunaux dans ce domaine. Les modifications, s'il en est, qui pourraient être apportées à cet égard devraient être conçues de manière à éclairer ceux-ci quant à la manière d'appliquer ces lois, notamment en précisant les effets juridiques de ces dispositions.

3. Les prestations de pension dans le cadre de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité

Les prestations de pension soulèvent une autre problématique dans le contexte d'une faillite, à savoir si la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, dans le cadre des modalités du plan de distribution lors d'une faillite, confère ou non un rang aux prestations de retraite. Le paragraphe 136(1), spécifiquement à l'alinéa d), précise ce qui suit :

136.(1) Sous réserve des droits des créanciers garantis, les montants réalisés provenant des biens d'un failli sont distribués d'après l'ordre de priorité de paiement suivant :

...

d) les gages, salaires, commissions ou rémunération de tout commis, préposé, voyageur de commerce, journalier ou ouvrier, pour services rendus au cours des six mois qui ont précédé la faillite jusqu'à concurrence de deux mille dollars ...[y compris les déboursés et commissions].

En somme, l'enjeu ici consiste à savoir si les prestations de pension sont comprises dans l'expression « gages, salaires, commissions ou rémunération » prévue dan la loi, car dans l'affirmative, l'employé(e) d'un failli serait en droit de présenter une réclamation au titre des prestations de pension impayées.

Cette dimension du problème a également fait l'objet de décisions de la part des tribunaux. Notamment, dans l'arrêt *Abraham v. Canadian Admiral Corp. (Receiver of)*[200] il s'agissait de réclamations présentées par les employé(e)s de l'employeur en faillite, à l'égard des sommes impayées au titre de paie de vacances et de prestations de paiement. La juge Wilson, siégeant en première instance, a statué à cet égard en ces termes :

« Because of the unique and complex nature of pension benefits [being amounts owing as contributions by an employer to a plan], I would find that they do not fit within the intended scope of the definition of "wages, salaries, commission or compensation" owed to employees, as defined by s. 107(1)(d) [now 136(1)(d) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*] » .[201]

En outre, la juge Wilson opina qu'en raison du privilège dont bénéficient les employés à l'égard de l'actif du failli, ils pouvaient faire valoir leurs réclamations à titre de créanciers garantis.[202] Or, bien qu'en première instance le tribunal sembla assez catégorique quant à l'interprétation de l'alinéa d) du paragraphe 136(1) de la LFI à cet égard, en appel la décision fut plus nuancée. En effet, les juges McKinlay et Finlayson ont affirmé qu'en première instance la juge avait à juste titre décidé que la réclamation au titre de la paie de vacances était effectivement une réclamation garantie aux termes d'une faillite et que celle à l'égard des prestations de pension ne l'était pas. Toutefois, la Cour d'appel a refusé de se prononcer quant au bien-fondé de la décision de la juge Wilson au sujet des prestations de pension, émettant plutôt le commentaire suivant :

« The trial judge was of the view that since the pension claim was not dealt with in the detailed portion of s. 107 [of the *Bankruptcy Act*], that claim retained the character it held in a non-bankruptcy situation – that of a secured creditor. Whether or not that decision is correct, it does not affect the rights of the appellant in this case. » [203]

Ainsi, la Cour d'appel ne s'étant pas prononcée à ce sujet, le fait demeure que l'opinion de la juge Wilson semble bien fondée. La décision rendue par la Cour de l'Ontario dans l'arrêt *Neal v. Toronto-Dominion Bank* vient appuyer d'ailleurs cette opinion. En citant la décision rendue par la juge Wilson, le juge MacPherson a ajouté qu'il était d'accord avec les commentaires de la juge Wilson à ce sujet dans l'arrêt *Abraham v. Coopers and Lybrand Ltd.*[204] Il semblerait donc que les prestations de pension ne sont pas considérées comme étant des gages, salaires, commissions ou une rémunération au sens de l'alinéa d) du paragraphe 136(1) de la LFI. Malgré tout, même si les prestations de pension d'un employé ne semblent pas constituer une réclamation privilégiée dans le cadre d'une faillite, il pourrait par contre déposer une réclamation garantie créée en vertu d'une autre disposition législative. Par ailleurs, puisque cette créance de l'employé est une sûreté prévue par un texte législatif établie au bénéfice d'un employé, les dispositions des articles 86 et 87 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ne s'y appliquent pas.

C. Les prestations au titre du *Régime de pensions du Canada* et de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*

.

Prestations exemptes

(1.1) Les prestations sont, en droit ou en équité exemptes d'exécution de saisie et de saisie-arrêt.

Que ce soit en vertu du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur la sécurité de la*

vieillesse, une prestation ne peut être cédée, grevée de privilège, saisie, escomptée ou donnée en garantie, et toute opération qui vise à céder, grever, saisir, escompter ou donner en garantie une prestation est nulle. De plus, sous les deux régimes, les prestations sont, en droit ou en équité, exemptes d'exécution de saisie et de saisie-arrêt.[205] L'article 65.1 du *Régime de pensions du Canada* admet une seule exception à cette règle, un particulier ayant le droit de céder ses prestations à son conjoint. Cet article énonce également les formalités à respecter quant à l'accord intervenu entre les conjoints pour qu'il soit opposable au ministre.

Il est admis en jurisprudence que les prestations payables en vertu du *Régime de pensions du Canada* ainsi qu'en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* ne peuvent en général faire l'objet d'une saisie-arrêt.[206] La jurisprudence admet cependant une exception à cette règle, soit dans le cas d'une créance pour arriérés d'impôts, Revenu Canada pouvant pratiquer une saisie-arrêt à l'égard des prestations payables aux termes du *Régime de pensions du Canada*. [207] Ainsi, les tribunaux ont statué qu'en vertu de l'article 224.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le ministre était autorisé à effectuer des retenues ou à opérer compensation à l'égard des prestations payables en vertu de ce régime. Selon les tribunaux, la « compensation » n'est pas une « saisie » et, par conséquent, le ministre peut saisir les sommes payables au titre des prestations car il ne s'agit pas d'une saisie au sens du par. 65(1) du *Régime de pensions du Canada* .[208]

D. Conclusion

Aux termes des textes législatifs pertinents et de la jurisprudence à la matière, à quelques exceptions près, les prestations de pension et les autres types de prestations ne peuvent servir à garantir une somme due à un créancier. Ceci a une incidence sur la question à savoir si les cotisations d'un employeur ou d'un particulier débiteur à un régime de pensions ou de retraite priment sur la garantie d'un créancier garanti. Règle générale, rares sont les créanciers qui cherchent à constituer une sûreté à l'égard d'une prestation de pension, essentiellement en raison des interdictions législatives prévues à cet égard. Les mécanismes prévus dans ce domaine dans les lois précitées bénéficieraient malgré tout de modifications précisant si un séquestre peut ou non être nommé aux fins de recevoir des prestations de pension. En jurisprudence, cette situation semble avoir suscité plusieurs décisions contradictoires. En précisant sa pensée à ce sujet, le législateur dissiperait toute confusion quant à savoir si la nomination d'un séquestre est un mécanisme approprié pour permettre à un créancier d'avoir accès aux prestations de pension.

XI. AUTRES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

Outre les lois examinées précédemment, il existe plusieurs autres lois fédérales ayant une incidence sur les garanties et les sûretés, chacune visant un contexte particulier, par exemple lorsqu'une entreprise émet des titres de créances au public, ou lorsque le gouvernement exproprie un bien qui fait l'objet d'une sûreté. Voici un aperçu de certaines de ces dispositions; aussi, un sommaire de ces dispositions législatives apparaît à l'annexe K du présent document.

A. La *Loi canadienne sur les sociétés par actions*

Les règles s'appliquant à un fiduciaire nommé à ce titre dans un acte de fiducie auquel une société par actions est partie sont énoncées aux articles 82 à 93 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. [209] Puisque dans ce contexte un acte de fiducie vise l'émission de titres de créances par voie de souscription publique et, souvent, la constitution de sûretés, ces dispositions affectent donc les sûretés ainsi constituées. Les articles 82 à 93 s'appliquent aux actes de fiducie prévoyant une émission de titres de créances uniquement si cette émission est par voie de souscription publique.

Le paragraphe 86(1) est celui qui a l'impact le plus immédiat sur les sûretés. Il y est notamment prévu que l'émetteur ou la caution de titres de créance émis ou à émettre en vertu d'un acte de fiducie doivent prouver au fiduciaire qu'ils ont rempli les conditions imposées par l'acte, notamment en ce qui a trait à la libération ou au remplacement des biens grevés de toute sûreté constituée par l'acte. L'article 90 est également digne d'intérêt, alors qu'il exige que le fiduciaire donne aux détenteurs de titres de créance émis en vertu d'un acte de fiducie avis de tous les cas de défaut existants, dans les trente jours après avoir pris connaissance de leur survenance. Finalement, le paragraphe 85(1) stipule que les détenteurs de titres de créance émis en vertu d'un acte de fiducie peuvent demander au fiduciaire de leur fournir une liste énonçant pour les titres de créance en circulation les noms et adresses des détenteurs inscrits,

le montant en principal des titres de chaque détenteur, et le montant total en principal de ces titres.

Les articles 82 à 93 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* s'assurent que les sociétés par actions qui émettent des titres de créances seront assujetties à certaines obligations quant à la fourniture de certains renseignements, et aussi qu'elles seront dotées d'un fiduciaire qui est chargé de surveiller la conformité de la société aux conditions d'émission des titres de créances.

B. La *Loi canadienne sur les coopératives*

Les articles 267 à 277 de la *Loi canadienne sur les coopératives*[210] reproduisent essentiellement les dispositions des articles 82 à 93 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. Encore une fois, ces articles visent à s'assurer qu'il existe un degré convenable d'imputabilité et de suivi relativement aux sociétés qui émettent des titres de créances par voie de souscription publique.

C. La *Loi sur les corporations canadiennes*

L'article 68 de la *Loi sur les corporations canadiennes*[211] est semblable aux articles 82 à 93 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* en ce qu'elle vise à conférer un certain degré de surveillance des titres de créances émis par les compagnies. L'article 68 de cette loi oblige les compagnies à fournir des détails au ministre concernant certains types de charges. Il s'agit notamment de charges ayant pour objet de garantir une émission de débentures, de charges sur le montant non appelé du capital-actions de la compagnie, et de charges sur l'achalandage ou la propriété intellectuelle de la compagnie. Les détails à transmettre au ministre sont le montant total garanti par la série entière, la date de l'acte d'autorisation, s'il en est, par lequel la garantie est créée ou définie, ou, s'il n'existe aucun acte semblable, la date de l'émission de la première débenture de la série, une description générale de la propriété grevée; et le nom des fiduciaires, s'il en existe, pour les porteurs de débentures. Sur paiement des droits prescrits, le ministre inscrit ces détails au registre prévu à ces fins.

D. La *Loi sur l'expropriation*

Le paragraphe 26(10) de la *Loi sur l'expropriation*[212] prescrit une formule servant à déterminer la valeur du droit exproprié assujetti à une sûreté. Le paragraphe 33(2) de la loi fait en sorte que toute indemnité versée conformément au paragraphe 26(10) sera réputée libérer de toute obligation, aux termes de la garantie, le titulaire du droit assujetti à la sûreté, jusqu'à concurrence de l'indemnité ainsi convenue ou allouée.

Les articles 26 et 33 de la *Loi sur l'expropriation* visent à s'assurer que les créanciers garantis puissent, dans la mesure du possible, récupérer la même valeur à l'égard de leur sûreté que s'il n'y avait pas eu d'expropriation.

E. Conclusion

Les lois mentionnées ci-dessus n'ont pas un effet considérable sur les sûretés en général. Elles sont, par contre, dignes d'intérêt pour les grandes entreprises qui émettent des titres de créances par voie de souscription publique et dans les situations où le gouvernement exproprie des biens assujettis à une sûreté.

PARTIE III POLITIQUE EN LA MATIÈRE ET CONCLUSION

I. OBJECTIFS VISÉS PAR LE RÉGIME LÉGISLATIF FÉDÉRAL ACTUEL RELATIF AUX SÛRETÉS MOBILIÈRES

La diversité est inhérente au régime relatif aux sûretés mobilières tel qu'il existe au Canada. La plupart des provinces ont adopté des lois similaires, bien que différentes, sur les sûretés mobilières, le Québec conservant le caractère unique de ses dispositions en matière de sûretés mobilières, lesquelles émanent du *Code civil*. Tous ces régimes évoluent également dans le

sillage des dispositions relatives aux sûretés mobilières énoncées dans les diverses lois fédérales abordées dans ce document. Le défi consiste à harmoniser la diversité des pratiques actuelles en matière de sûretés mobilières, en comblant les lacunes constatées dans les situations où, ni les lois provinciales, ni les lois fédérales procurent un éclairage suffisamment net et concis à cet égard. Comme nous l'avons vu plus amplement ci-haut, les mécanismes actuels prévus dans la législation fédérale ne présentent aucune perspective d'ensemble, et les mécanismes d'enregistrement n'y sont pas aussi élaborés et conviviaux sur le plan des recherches que la plupart des mécanismes prévus dans les diverses provinces. Ce qui plus est, l'effet de l'enregistrement quant à la priorité des sûretés de même que d'autres éléments fondamentaux apparaît incertain, particulièrement dans les cas où il y a chevauchement ou interaction entre les régimes établis par les législations fédérales et provinciales. Un régime fédéral unifié sur les sûretés mobilières, s'il en était, doit d'abord chercher à remédier à ces lacunes, tout en s'adaptant à l'évolution de l'environnement du monde des affaires.

A. Quels sont les objectifs législatifs qui sous-tendent les dispositions qui précèdent?

Comme nous l'avons vu, les objectifs législatifs sous-jacents aux lois fédérales abordées précédemment sont très spécifique aux fins de chacune de ces lois. Les lois fédérales ayant une incidence sur les biens mobiliers sont essentiellement de deux types : celles qui établissent des mécanismes d'enregistrement et de priorité, et celles qui n'en établissent pas.

En général, ces deux types de lois fédérales visent des objectifs propres à chacune des lois. La *Loi sur les banques* et les diverses lois fédérales en matière de propriété intellectuelle sont autant d'exemples de lois fédérales qui établissent des mécanismes d'enregistrement et de priorité. En ce qui concerne la garantie en vertu de la Loi sur les banques, les dispositions visant les garanties mobilières ont été élaborées afin de s'assurer que les banques jouissaient de garanties suffisantes en contrepartie des sommes considérables qu'elles consentent en prêts, et aussi afin de maintenir la compétence fédérale relativement à tous les aspects du secteur bancaire. Pareillement, les dispositions relatives aux sûretés ont été édictées dans les lois en matière de propriété intellectuelle de manière à maintenir la compétence constitutionnelle du gouvernement fédéral dans le domaine des brevets et des droits d'auteur.

D'autres lois illustrent le type de lois fédérales qui n'établissent pas de mécanisme d'enregistrement, mais qui néanmoins ont une incidence sur les sûretés fédérales. À titre d'exemple, les dispositions de *Loi sur les Indiens* qui restreignent la capacité de prendre en garantie des biens appartenant à un Indien ont pour objet de maintenir le statut particulier des biens des Indiens établi dans cette même loi. Pareillement, les dispositions législatives relatives aux sûretés mobilières visant les pensions et les autres types de prestations ont été édictées afin de maintenir les revenus de base des personnes à la retraite, et pour réaliser des objectifs importants à portée sociale. Les lois fédérales ayant une incidence sur les sûretés dans le secteur agricole visent à sauvegarder un élément qui a traditionnellement été perçu comme étant une composante fondamentale de la fibre économique et historique du Canada – la ferme familiale. La principale fonction de ces lois à caractère agricole est d'instituer un mécanisme en vertu duquel les agriculteurs en situation financière précaire sont à l'abri des mesures d'exécution normales dont jouissent les créanciers aux termes des lois provinciales relatives aux sûretés mobilières.

Jusqu'à présent, l'objectif du gouvernement n'a pas été de mettre en place un régime complet et intégré en matière de sûretés fédérales. Ceci s'explique aisément, compte tenu de la complexité et de la variété des domaines législatifs qu'un tel régime viserait à assujettir.

B. Les objectifs précités ont-ils été atteints dans le cadre du régime actuel relatif aux sûretés mobilières fédérales?

Dans certains domaines, surtout lorsque l'incidence des dispositions visant les sûretés est négligeable ou indirecte, l'on pourrait prétendre que les lois fédérales affectant des sûretés réalisent leurs objectifs respectifs. Par exemple, l'objectif modeste d'accorder plus de temps aux agriculteurs en situation financière précaire avant que leurs créanciers ne procèdent à l'exécution de leurs garanties est effectivement atteint grâce à la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole*. Cet objectif peut effectivement être caractérisé de « modeste » en ce qui concerne les sûretés, puisqu'il ne comporte aucune contrainte sur le plan de l'enregistrement et n'a aucune incidence sur les aspects essentiels que sont l'ordre de priorité et la perfection des sûretés. L'article 244 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* atteint un objectif similaire en accordant plus de temps aux débiteurs pour leur permettre de mieux

organiser leur situation financière avant que les créanciers puissent réaliser leurs garanties. Pareillement, les dispositions prévues aux lois en matière de pensions et autres types de prestations réalisent convenablement leur objectif, soit la préservation d'un revenu de base au bénéfice des personnes à la retraite ou qui dépendent d'une pension pour leur subsistance.

Les lois fédérales sont quelque peu moins efficaces lorsqu'elles prétendent établir un mécanisme clair et efficace visant l'enregistrement, la perfection et la priorité des sûretés. Ces lois ont tendance à susciter des problèmes de duplication et l'incertitude, surtout lorsqu'il y a chevauchement des lois fédérales et provinciales affectant les dispositions pertinentes. Ces problèmes sont particulièrement évidents dans le cas des lois fédérales en matière de propriété intellectuelle et en ce qui a trait à la *Loi sur les banques*.

En ce qui concerne les dispositions des lois en matière de propriété intellectuelle visant l'enregistrement des « transferts » et des « cessions » , ni leur objet ni leur effet ne sont manifestes. Le terme « transfert » n'y est pas défini, et il n'est donc pas certain si le fait de constituer une sûreté constituerait un « transfert » . La confusion qui en résulte incite la plupart des institutions prêteuses à enregistrer leurs sûretés et garanties grevant la propriété intellectuelle à la fois en vertu de la loi fédérale et de la loi provinciale. Les dispositions en matière de garantie dans la *Loi sur les banques* produisent une duplication semblable, les banques constituant donc à la fois une garantie en vertu de la *Loi sur les banques* et une sûreté en vertu des lois provinciales sur les sûretés mobilières, les mêmes biens étant grevés dans les deux cas pour garantir une seule et même obligation. La situation se complique alors, car il n'est pas évident si c'est la garantie en vertu de la *Loi sur les banques* qui prime, ou celle enregistrée aux termes de la loi provinciale. Les autres problèmes liés aux dispositions de la *Loi sur les banques* traitant des garanties ont notamment trait à leur portée restreinte, l'absence d'un mécanisme détaillé en matière de droit de préférence, et l'absence de règles complètes en matière d'exécution. Compte tenu des failles et de l'incertitude ainsi relevées, il se pourrait bien que l'objectif voulant que les banques puissent constituer des garanties suffisantes en contrepartie des sommes considérables qu'elles consentent en prêts serait mieux servi, soit en révisant la *Loi sur les banques* de manière à en moderniser les dispositions en matière de garantie et à leur conférer une portée plus large, soit en abrogeant ces dispositions et permettre que les garanties constituées par les banques soient assujetties aux lois provinciales sur les sûretés mobilières. Une argumentation similaire pourrait être avancée en ce qui a trait aux dispositions régissant l'enregistrement des droits que l'on retrouve dans les lois fédérales relatives à la propriété intellectuelle et dans d'autres lois fédérales ayant prétendument pour objet l'établissement d'un mécanisme structuré visant l'enregistrement et l'établissement d'un ordre de priorité de sûretés mobilières.

C. Le régime actuel relatif aux sûretés mobilières fédérales devrait-il chercher à réaliser d'autres objectifs, adaptés aux pratiques commerciales modernes?

Les questions liées au secteur des prêts sur garantie sont extrêmement plus complexes et importantes qu'à l'époque à laquelle les dispositions portant sur les garantie et l'enregistrement prévues dans la *Loi sur les banques*, dans les lois fédérales relatives à la propriété intellectuelle et dans d'autres lois fédérales au même effet ont été élaborées. L'avènement de lois provinciales détaillées et complètes visant les sûretés mobilières ainsi que l'évolution de la jurisprudence en la matière en sont le reflet. La présence des lois provinciales sur les sûretés mobilières laisse supposer que, dans les cas où les objectifs et les dispositions des lois fédérales entrent en conflit avec les objectifs et les dispositions des lois provinciales en la matière, les dispositions fédérales seraient possiblement superflues. En d'autres termes, l'objectif de la *Loi sur les banques* à l'effet que les prêts bancaires jouissent de garanties adéquates est peut-être déjà réalisé dans le cadre des lois provinciales sur les sûretés mobilières. Ceci est d'autant plus vrai depuis que la majorité des provinces canadiennes ont adopté des lois complètes et détaillées en matière de sûretés mobilières, comportant des dispositions similaires de résolution des conflits lorsque les textes législatifs s'opposent. Pareillement, l'enregistrement auprès de l'OCPI d'une sûreté grevant la propriété intellectuelle n'avance pas vraiment l'objectif normalement recherché par un prêteur, soit de jouir d'une certitude en ce qui concerne la priorité et la perfection de sa sûreté. Si l'objectif visé par les articles en matière de propriété intellectuelle étaient autre – si, par exemple, le gouvernement fédéral se donnait comme mission de créer une « sûreté sur la propriété intellectuelle » dans le but de résoudre certains problèmes constatés sur le plan de la constitution d'une sûreté à l'égard d'un tel bien – alors la présence de ces articles serait justifiée.

L'une des principales problématiques affligeant le régime actuel relatif aux sûretés mobilières fédérales consiste en l'absence de certitude et d'efficacité. Souvent, les mécanismes visant l'enregistrement des documents y sont déficients, difficiles à utiliser et se prêtent mal aux

recherches. À d'autres occasions, le régime établi à l'égard des garanties ou des sûretés en vertu des lois fédérales entre en conflit avec les lois provinciales sur les sûretés mobilières, la priorité des sûretés devenant alors difficile à prévoir. Toute modification au régime actuel relatif aux sûretés mobilières fédérales devra veiller à le rendre plus certain et plus efficace.

D. Considérations en vue d'une réforme des dispositions

Comme nous l'avons vu précédemment, plusieurs problèmes liés au libellé actuel de certaines dispositions fédérales en matière de sûretés pourraient sans doute être résolus par l'ajout de précisions aux lois pertinentes. Or, à la lumière des observations précédentes, il appert que la situation qui prévaut se prête mal à une approche cohérente à cet égard.[213]

Une réforme du régime actuel relatif aux sûretés mobilières fédérales s'impose, mais ceux qui abondent en ce sens ont des opinions partagées quant à la voie à suivre.

1. Abrogation de certains mécanismes actuels visant des sûretés fédérales

Selon certains détracteurs, il faudrait procéder à l'abrogation pure et simple de certains mécanismes actuels visant des sûretés fédérales. Par exemple, ils proposent la suppression des dispositions visant les garanties dans la *Loi sur les banques*, lesquelles rendent le processus fort complexe et augmentent les coûts de toutes les parties intéressées.[214] Pareillement, des auteurs ont critiqué le mécanisme d'enregistrement visant les chemins de fer et le matériel roulant, établi aux termes de la *Loi sur les transports au Canada*, le jugeant périmé et fastidieux. Avant l'existence des lois provinciales sur les sûretés mobilières, ce mécanisme d'enregistrement était utile et commode. De nos jours cependant, ce mécanisme est source d'incertitude en ce qui a trait aux sûretés constituées à l'égard des chemins de fer et du matériel roulant, et pourrait donc être abrogé.

2. Loi unifiée sur les sûretés mobilières fédérales

D'autres auteurs ont signalé divers éléments dont il y aurait lieu de tenir compte avant de procéder à l'unification intégrale de l'ensemble des dispositions traitant des sûretés fédérales dans le cadre d'une seule loi portant sur les sûretés mobilières fédérales. Notamment, l'auteur Roderick J. Wood met de l'avant diverses considérations qu'il importe d'analyser avant de procéder à l'adoption de quelque loi visant l'unification de telles dispositions : [215]

a. Le régime fédéral en la matière sera-t-il doté d'un code complet et détaillé? À défaut d'un tel code, il convient de se demander quelle loi servirait à suppléer la législation fédérale.

b. Le régime fédéral ainsi établi sera-t-il le seul moyen en vertu duquel une sûreté pourrait être constituée, et dans quelle mesure les lois provinciales seraient-elles mises à contribution?

c. Si le régime fédéral en matière de sûretés n'est pas à caractère exclusif, est-ce qu'il sera loisible à la partie garantie en vertu de ce régime de se prévaloir en même temps des régimes aux deux paliers gouvernementaux, fédéral et provincial? Dans l'affirmative, il convient de se demander si les parties bénéficieraient d'un choix entre l'assujettissement à la loi fédérale ou provinciale en la matière, et si un seul acte constitutif de sûreté suffirait à établir l'existence de la sûreté à la fois en vertu des régimes fédéral et provincial.

d. Il convient d'établir une méthode d'enregistrement – soit un registre fédéral central, soit un registre par région desservie. Il convient également de déterminer dans quelle mesure il pourrait être fait appel aux registres provinciaux.

e. Si le régime fédéral en la matière n'est *pas* à caractère exclusif, quelle méthode sera employée aux fins d'établir la priorité des sûretés dans l'éventualité d'un conflit entre une sûreté constituée en vertu d'une loi provinciale et la sûreté fédérale?

f. Dans quelle mesure les règles de droit découlant du droit civil et de la common law pourraient-elles être harmonisées et intégrées au régime fédéral sur les sûretés, et dans quelle mesure la loi provinciale peut-elle être harmonisée à la législation fédérale en la matière?

Afin d'apporter des correctifs efficaces et efficients au régime actuel relatif aux sûretés fédérales, il y a lieu d'analyser au préalable les régimes provinciaux établis à l'égard des sûretés mobilières. En outre, il conviendrait de vérifier si les régimes provinciaux établis présentement à l'égard des sûretés mobilières répondent aux objectifs souhaités d'un régime fédéral, soit de posséder les caractéristiques de la certitude et de l'efficacité. De plus, il convient de vérifier si le régime fédéral actuel en la matière mine la certitude qui caractérise les régimes provinciaux. Il faudrait également voir si une loi fédérale en la matière est susceptible de répondre convenablement aux diverses attentes (dont la possibilité de grever des biens à l'échelle nationale) qui ne pourraient pas par ailleurs être mieux servies par les régimes provinciaux établis à l'égard des sûretés mobilières. Il s'agit là d'éléments importants dont il convient de tenir compte avant de procéder à l'établissement d'un régime unifié à l'égard des sûretés fédérales.

II. SCÉNARIOS À ENVISAGER PAR LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Le gouvernement fédéral a le choix parmi divers scénarios s'il désire s'attaquer à la résolution des problèmes relevés en ce qui a trait au régime actuel qui prévaut en matière de sûretés fédérales. Tel que mentionné plus haut, le gouvernement peut décider de modifier à la pièce les dispositions visant les sûretés édictées dans les diverses lois fédérales. Sinon, le gouvernement pourrait choisir de suspendre l'application de quelques dispositions occasionnant les problèmes les plus épineux, notamment les dispositions pertinentes de la *Loi sur les banques*. Enfin, à titre d'initiative visant l'unification de toutes les dispositions concernant les sûretés fédérales, le gouvernement pourrait adopter une loi regroupant l'ensemble des dispositions auxquelles seraient assujetties toutes les sûretés mobilières fédérales.

A. Examen des divers scénarios

L'analyse de toutes les dispositions pertinentes concernant les sûretés fédérales laisse supposer qu'il pourrait être difficile de découvrir un objectif sous-jacent unique tel qu'il pourrait être procédé à l'unification de tous ces régimes sous la coupe d'une seule loi régissant toutes les sûretés mobilières fédérales. Comme nous l'avons indiqué, des mesures correctives judicieuses pourraient suffire à pallier les lacunes qui existent au niveau de certains mécanismes. La mise en oeuvre d'une loi unifiée sur les sûretés mobilières fédérales amènerait des changements importants au régime actuel qui s'applique à l'égard des sûretés fédérales, et il faut s'attendre à ce que cela provoque d'autres complications et nécessite des ajustements. Pour que l'exercice en vaille la peine, toute loi unifiée sur les sûretés mobilières fédérales doit impérativement résoudre la majorité des problèmes relevés dans le cadre du régime qui prévaut à l'heure actuelle dans ce domaine. Ce régime d'envergure doit être à la fois pratique à utiliser et facile à gérer compte tenu de sa taille, et l'établissement d'une collaboration avec les provinces serait sans doute nécessaire pour assurer le succès d'une telle initiative. La suspension des dispositions en la matière occasionnant les problèmes les plus épineux représente possiblement une solution satisfaisante, dont le mérite serait de concentrer les réformes dans les domaines législatifs où les besoins sont les plus criants à cet égard.

Peu importe la méthode d'intervention choisie pour remédier aux lacunes observées, le régime qui prévaut actuellement à l'égard des sûretés fédérales a grand besoin de mesures correctives et de réformes. En dernière analyse, l'orientation qui aura été prise doit cibler la finalité de toute disposition législative visant le domaine des sûretés mobilières, soit de favoriser l'existence de transactions commerciales prévisibles et certaines.

ANNEXE A

Résumé de dispositions législatives et réglementaires relatives

aux banques et à d'autres institutions financières

Règlement sur l'assurance-prêts de l'Agence de promotion économique du Canada atlantique, DORS/90-289, alinéa 5(1)*f*).

Ce règlement permet à l'Agence de promotion économique du Canada atlantique de fournir une assurance-prêt à certaines personnes et entreprises. Conformément aux dispositions de l'alinéa 5(1)*f*), un des critères qui doit être rempli est que « le prêteur obtient une garantie

réalisable pour le remboursement du prêt conformément aux pratiques bancaires habituelles » .

Les règlements mettent aussi en place une procédure à suivre pour récupérer la créance de la Couronne advenant un défaut de l'emprunteur. En vertu de l'article 10, l'institution financière doit commencer par présenter une demande officielle au demandeur et prendre toutes les mesures raisonnables pour protéger ses droits et réaliser la garantie. Ce n'est qu'ensuite que le prêteur peut présenter une demande en vertu de la convention d'assurance-prêts. Conformément aux dispositions de l'article 11, cette réclamation doit renfermer « tous les renseignements qu'exige l'Agence pour calculer le montant à payer » . Le montant maximal que l'Agence peut payer au prêteur au titre d'une réclamation est défini au paragraphe 12(1).

Loi sur les banques, 1991, ch. 46, art. 369, 419, 425-439, 473, 552, 627, etc.

L'article 369 donne l'ordre de priorité dans l'éventualité où une banque devient insolvable. (L'article 627 est identique, sauf qu'il s'applique aux banques étrangères autorisées.) L'article 419 dispose qu'il est interdit à une banque de grever un bien immobilier de la Banque pour garantir l'exécution de ses obligations, sauf si l'obligation est contractée à l'égard de la Banque du Canada ou de la Société d'assurance dépôts du Canada ou avec l'autorisation écrite du surintendant. (L'article 552 est identique, sauf qu'il s'applique aux banques étrangères autorisées.) L'article 473 dispose qu'une banque qui effectue un placement dans une personne morale, peut acquérir un intérêt dans une entité non constituée en personne morale, ou acquérir un intérêt immobilier, s'ils découlent de la réalisation d'une sûreté détenue par la banque.

À part les dispositions susmentionnées, les articles 425 à 439 constituent les principales dispositions de la Loi relativement aux sûretés. Ces dispositions sont les plus complètes des lois fédérales régissant les sûretés particulières. Le paragraphe 427(4) crée un système de dépôt de préavis en vertu duquel, au lieu d'enregistrer le document de garantie, une banque peut enregistrer un document, intitulé un préavis, dans le registre de la Banque du Canada. Ce dernier registre est créé en vertu des dispositions du paragraphe 427(6). La Loi permet aussi, en vertu des dispositions de l'alinéa 427(2)*b*), d'accorder une sûreté fixe en garantie qui est automatiquement attachée à l'actif acquis ultérieurement par le débiteur (mais qui n'a pas le statut prioritaire inférieur d'un intérêt en équité ni les complexités d'une charge flottante).

Loi sur la Banque de développement du Canada, 1995, ch. 28, par. 15(1).

L'article 15 permet à la Banque de développement du Canada d'acquérir, de détenir, d'aliéner et de réaliser « une sûreté, quelles qu'en soient la nature et la forme » . Conformément aux dispositions du paragraphe 15(2), la Banque peut aussi acquérir et détenir à titre de sûreté un récépissé d'entrepôt ou un connaissement, ou prendre des sûretés sur des effets, denrées ou marchandises, sous la même forme et selon les mêmes modalités que peut le faire une banque en vertu de l'article 427 de la *Loi sur les banques*.

Loi sur la Société d'assurance-dépôts du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-3, par. 10(1), article 39.13 et par. 39.15(6).

L'article 10 de la Loi autorise la SADC à prendre, en vue de diminuer ses risques, ou d'écarter une menace de pertes ou de réduire l'importance de celles-ci, des mesures, notamment « contre la fourniture d'une sûreté ou non, octroi de prêts ou d'avances » à une institution financière. Le paragraphe 39.13(3) habilite le gouverneur en conseil à nommer la SADC séquestre d'une institution financière fédérale insolvable. En sa qualité de séquestre, la SADC peut prendre possession des éléments d'actif de l'institution financière et les aliéner. L'article 39.15 impose des limites strictes aux droits d'autres créanciers si le gouverneur en conseil exerce ses pouvoirs en vertu des dispositions de l'article 39.13.

Loi sur la Société canadienne d'hypothèques et de logement, L.R.C. 1985, ch. C-7, art. 27-28.

L'article 27 habilite la SCHL « à acquérir et détenir des sûretés accessoires en garantie soit des prêts qu'elle consent, soit des titres de créance, notamment débentures ou certificats – ou reçus – de placement garanti, qu'elle achète et les céder par la suite » . Selon les dispositions de l'article 28, la SCHL peut « afin de protéger les sûretés afférentes à ses créances, consentir au débiteur des prêts et prendre toute autre mesure nécessaire, conformément à l'usage en matière d'hypothèques, à la protection de ses intérêts » .

Loi sur le financement des petites entreprises du Canada, 1998, ch. 36, art. 4-5 et *Règlement sur le financement des petites entreprises du Canada*, DORS/99-141, art. 13-14.

L'article 5 de la *Loi sur le financement des petites entreprises du Canada* stipule que le ministre est tenu de verser aux prêteurs un pourcentage précisé pour toute perte résultant d'un prêt, à la condition que les exigences de la LFPEC et du Règlement aient été respectées. Le Règlement décrit les conditions et procédures précises de l'octroi et de l'administration des prêts pour le financement des petites entreprises du Canada ainsi que de la présentation et de la justification des réclamations à l'égard d'une perte relativement à des prêts consentis après le 31 mars 1999.

Conformément aux dispositions de l'article 8 du Règlement, les prêteurs sont censés consentir des prêts en vertu de la LFPEC avec le même soin que s'il s'agissait de leur propre entreprise. Plus précisément, l'article 8 stipule qu'avant d'effectuer un prêt, un prêteur doit (a) obtenir des renseignements sur la cote de crédit de l'emprunteur ou effectuer une vérification de crédit à son sujet, et (b) évaluer la capacité de payer de l'emprunteur en tenant compte de l'ensemble de ses obligations financières. En outre, l'article 14 dispose qu'un prêteur, au moment de consentir certains types de prêts en vertu de la LFPEC, « doit exhiber une sûreté garantie de premier rang valable et exécutoire constituée sur les éléments d'actif de la petite entreprise qui seront achetés ou améliorés au moyen du prêt » . Par ailleurs, l'article 13 stipule que l'emprunteur doit payer les frais engagés par le prêteur pour prendre ses sûretés.

Loi fédérale sur les prêts aux étudiants, L.R.C., 1985, ch. S-23, art. 7 et 19 et *Règlement fédéral sur les prêts aux étudiants*, DORS/93-392, art. 29-32.

Selon les dispositions de l'article 7, le ministre peut indemniser le prêteur de la perte occasionnée à celui-ci par un prêt consenti à un étudiant admissible si certaines conditions sont respectées. L'article 19 dispose que les prêteurs peuvent recouvrer un prêt garanti consenti à un emprunteur mineur ainsi que les intérêts afférents à ce prêt, sauf ceux qui sont visés à l'article 6, comme si celui-ci avait été majeur au moment de l'octroi. L'article 29 du Règlement stipule que lorsque le ministre indemnise le prêteur aux termes de l'article 7 de la Loi à l'égard d'un prêt garanti, ce dernier doit, pour le compte de Sa Majesté, prendre les mesures raisonnables que le ministre prescrit pour le recouvrement des paiements au titre du principal et de l'intérêt, la réalisation des garanties et toute autre forme de recouvrement du prêt. Les articles 30 à 32 du Règlement prévoient que lorsque le ministre indemnise le prêteur de la perte que lui a occasionnée un prêt garanti, Sa Majesté est subrogée dans tous les droits du prêteur à l'égard du prêt garanti.

Loi sur l'Association canadienne des paiements, L.R.C. 1985, ch. C-21, art. 17 et 31.

L'article 17 habilite l'Association canadienne des paiements à grever d'une sûreté, notamment par hypothèque ou gage, tout ou partie des biens, présents ou futurs, de l'Association afin de garantir ses obligations. Les expressions « titre de créance » et « sûreté » sont définies au paragraphe 17(3). L'article 31 dispose que lorsqu'un membre de l'Association a fait l'objet d'une ordonnance de mise sous séquestre ou d'une ordonnance de liquidation, toutes créances en ce qui concerne certains types d'actifs seront payées sur l'actif du membre insolvable par préférence aux autres créances sur son patrimoine.

Loi sur les associations coopératives de crédit, 1991, ch. 48, art. 2, 353, 383, 386, 395, 397, 475, etc.

L'article 2 définit « sûreté » . L'article 353 donne le rang de priorité à suivre advenant l'insolvabilité de l'association coopérative de crédit. L'article 383 limite le pouvoir des associations de grever ses biens pour garantir l'exécution de ses obligations. L'article 395 dispose que par dérogation aux autres dispositions de la présente loi, l'association peut, s'ils découlent de la réalisation d'une sûreté détenue par elle, effectuer un placement dans une personne morale, acquérir un intérêt dans une entité non constituée en personne morale ou acquérir un intérêt immobilier. L'article 475 dispose qu'une centrale peut grever ses biens pour garantir l'exécution de ses obligations envers l'association dont elle est un associé, une agence d'assurance-dépôts ou le gouvernement de la province où elle est constituée, si l'agence ou le gouvernement sont agréés par le ministre.

Loi sur l'expansion des exportations, L.R.C 1985, ch. E-20, alinéa 10(1.1)*d*) et paragraphe 10 (6).

L'alinéa 10(1.1)*d*) prévoit que la SEE, dans le cadre de sa mission en vertu de la Loi, est habilitée à « acquérir des droits sur des biens à titre de sûreté » . Le paragraphe 10(6) prévoit que le gouverneur en conseil peut régir l'acquisition par la Société de droits sur une entité autres que des sûretés ou des droits découlant de la réalisation de sûretés.

Loi sur les prêts aux entreprises de pêche, L.R.C. 1985, ch. F-22, art. 10 et *Règlement sur les prêts aux entreprises de pêche*, C.R.C., ch. 864, art. 19 et 22-24.

Le paragraphe 10(1) détermine les types de sûretés qu'une banque peut, quand elle consent un prêt garanti par le ministre qui doit être assorti d'une sûreté, prendre en garantie à l'égard de biens meubles ou immeubles. Le paragraphe 10(2) prévoit qu'une banque peut, en ce qui concerne toute sûreté prise au titre de la présente loi ou les biens meubles ou immeubles grevés, exercer les droits et pouvoirs que lui confère en matière de garantie subséquente la *Loi sur les banques*. L'article 19 du Règlement détermine les circonstances dans lesquelles la sûreté peut être prise en vertu de la *Loi sur les prêts aux entreprises de pêche* ainsi que les types de sûretés qui peuvent être pris. Les articles 22 à 24 du Règlement décrivent la procédure que doit suivre un prêteur lorsqu'un emprunteur est en défaut de paiement.

Loi sur les sociétés d'assurances, 1991, ch. 47, art. 470, 500, 542.07 et 559.

L'article 470 stipule qu'il est interdit à la société de grever ses biens pour garantir l'exécution de ses obligations, sauf avec l'autorisation écrite du surintendant et sauf si l'obligation est contractée à l'égard de la réassurance de risques assurés par un autre assureur. (L'article 542.07 est identique, sauf qu'il a trait à la société de secours mutuel.) L'article 500 autorise une société, s'ils découlent de la réalisation d'une sûreté définie par elle, à effectuer un placement dans une personne morale, à acquérir un intérêt dans une entité non constituée en personne morale ou à acquérir un intérêt immobilier. (L'article 559 est identique, sauf qu'il a trait à la société de secours mutuel.)

Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt, 1991, ch. 45, art. 374, 419 et 458.

L'article 374 décrit le rang de priorité advenant qu'une société de fiducie ou de prêt devienne insolvable. L'article 419 prévoit qu'il est interdit à une telle société de grever ses biens pour garantir l'exécution de ses obligations, sauf avec l'autorisation écrite du surintendant ou sauf si l'obligation est contractée à l'égard de la Banque du Canada ou de la Société d'assurance-dépôts du Canada. L'article 458 stipule qu'une société de fiducie et de prêt peut, s'ils découlent de la réalisation d'une sûreté détenue par elle, effectuer un placement dans une personne morale, acquérir un intérêt dans une entité non constituée dans une personne morale ou acquérir un intérêt immobilier.

ANNEXE B

Résumé des dispositions législatives et réglementaires

relatives aux compagnies de chemin de fer et au matériel roulant

Loi sur les transports au Canada, 1996, ch. 10, art. 104-106.

L'article 104 dispose qu'une hypothèque constituée par la compagnie de chemin de fer, de même que l'acte de cession, doivent être déposés au bureau du Registraire général du Canada et que l'avis du dépôt doit être publié dans la *Gazette du Canada* sans délai. En outre, le respect de cette formalité rend facultatif le dépôt, l'enregistrement ou le classement requis par toute autre loi à cet effet. L'article 106 prévoit que la compagnie de chemin de fer qui est insolvable peut déposer un projet de concordat auprès de la Cour fédérale et cette dernière peut interdire toute action contre celle-ci, selon les modalités qu'elle juge indiquées. Les sûretés ne sont pas visées par toute ordonnance de la Cour fédérale si dans les soixante jours suivant le dépôt du projet de concordat, la compagnie de chemin de fer accepte d'exécuter toutes ses obligations envers elle en vertu du projet de concordat ou s'il a été remédié à tout fait.

Loi sur la commercialisation du CN, 1995, ch. 24, art. 12.

Cette disposition permet au ministre, avec l'agrément du ministre des Finances, de conclure

avec le CN ou toute autre personne des accords sur l'administration des dettes, obligations du CN ou des sûretés données par le CN. En outre, le ministre est autorisé à conclure des accords pour céder ou administrer les actions du CN, et à prélever sur le Trésor ou sur tout produit de sûretés données par le CN les fonds relatifs à l'administration des sûretés données par le CN.

ANNEXE C

Résumé des dispositions législatives et réglementaires relatives

aux entreprises agricoles et agroalimentaires

Loi sur le paiement anticipé des récoltes, L.R.C. 1985, ch. C-49, art. 5 et 6.

Les articles 5 et 6 prévoient que la garantie du ministre n'a d'effet en vertu de la Loi que si l'association de producteurs respecte certains critères, notamment : signer une entente écrite avec le producteur en vertu de laquelle ce dernier accepte de rembourser l'avance; accepter les modalités dans l'éventualité de défaut; et prendre des dispositions de responsabilité en cas de détérioration de la récolte. En outre, lorsque le ministre a donné une garantie, l'association de producteurs a un privilège sur la récolte pour le montant de l'avance qu'elle consent à verser relativement à celle-ci.

Loi sur les programmes de commercialisation agricole, 1997, ch. 20, art. 12.

L'article 12 prévoit que s'il consent une avance garantie à un producteur pour la récolte d'une campagne agricole donnée, l'agent d'exécution dispose d'une sûreté sur cette récolte et sur les récoltes de campagnes agricoles subséquentes pour les sommes dont le producteur est redevable au titre des articles 22 et 23.

Loi sur la généalogie des animaux, L.R.C.1985, ch. 8 (4e suppl.), par. 12 (c) et 38(c).

Le paragraphe 12(c) prévoit que chaque association établie en vertu de la Loi peut hypothéquer tout ou partie de ses biens pour garantir ses obligations ou constituer des sûretés réelles à cet égard. De plus, la Loi permet à la Société canadienne d'enregistrement des animaux d'hypothéquer tout ou partie de ses biens pour garantir ses obligations ou constituer des sûretés réelles à cet égard.

Loi sur les grains du Canada, L.R.C. 1985, ch. G-10, art. 45, 46, 48, 49, 95 et 116.

L'article 45 de la Loi permet à la Commission de fixer la garantie à une personne qui se propose d'exploiter un silo, un commerce de grains ou un silo terminal. L'omission de fournir une sûreté satisfaisante est un motif de refus par la Commission de délivrer une licence de silo ou une licence de négociant en grains. L'article 49 donne à la Commission le pouvoir d'obliger le titulaire de licence à fournir une garantie supplémentaire. En outre, seulement la Commission ou un détenteur visé à l'article 45 et qui a subi une perte ou des dommages peuvent réaliser ou recouvrer la garantie. De plus, si le titulaire n'a pas donné la garantie supplémentaire exigée par l'ordonnance visée à l'article 49, la Commission peut révoquer une licence d'exploitation d'une installation ou de négociant en grains. L'article 116 habilite la Commission à, par règlement, préciser la garantie à fournir les demandeurs et titulaires de licence.

Loi sur la Société du crédit agricole, 1993, ch. 14, par. 4(2).

Le paragraphe 4(2) permet à la Société du crédit agricole d'acquérir et de détenir des sûretés en garantie des prêts qu'elle consent, des garanties qu'elle accorde ou des accords qu'elle conclut, ainsi que d'acquérir par procédures judiciaires des sûretés et de les louer ou de les aliéner.

Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole, 1997, ch. 21, art. 2, 5, 6, 9, 13, 14, 16, 21, 22.

L'article 2 définit un « créancier garanti » comme quiconque détenant une hypothèque, une

charge ou toute autre sûreté sur les biens de l'agriculteur. L'article 5 permet à un agriculteur insolvable de présenter à un administrateur une demande visant soit la suspension des recours de ses créanciers contre lui, l'examen de sa situation financière et la médiation entre lui et ses créanciers en vue de la conclusion d'un arrangement acceptable pour les parties, soit l'examen de sa situation financière et la médiation entre lui et ses créanciers garantis en vue de la conclusion d'un arrangement acceptable pour les parties. L'article 21 exige que tout créancier garanti d'un agriculteur doit, avant de se prévaloir d'un recours contre les biens de celui-ci ou d'intenter toute action ou procédure, judiciaire ou extrajudiciaire, pour le recouvrement d'une dette, la réalisation d'une sûreté ou la prise de possession d'un bien de l'agriculteur, lui donner un préavis.

L'article 5 prévoit qu'un agriculteur peut présenter à un administrateur une demande visant soit la suspension des recours de ses créanciers contre lui, soit l'examen de sa situation financière.

L'article 6 prévoit que pour présenter une demande en vertu de l'article 5, l'agriculteur doit être insolvable.

L'article 9 exige que l'administrateur effectue un examen détaillé de la situation financière de l'agriculteur.

L'article 13 prévoit que la suspension visée à l'article 5 peut être prolongée d'au plus trois périodes supplémentaires de trente jours.

L'article 14 donne à l'administrateur la discrétion de mettre fin à la suspension des procédures lorsque l'administrateur est d'avis que l'agriculteur a risqué, par acte ou omission, de porter atteinte à la conservation de son actif, ou a entravé le gardien dans l'exercice de ses fonctions.

L'article 6 prévoit que lorsqu'une suspension des procédures est décidée, un gardien doit être nommé pour veiller sur l'actif de l'agriculteur.

L'article 21 exige que tout créancier garanti qui compte réaliser sa sûreté doit donner à l'agriculteur un préavis écrit.

L'article 22 prévoit que tout acte fait par un créancier en contravention de l'article 21 est nul.

Loi sur les prêts destinés aux améliorations agricoles et à la commercialisation selon la formule coopérative, 1985, ch. 25 (3e suppl.), art. 4.

L'article 4 prévoit que le ministre est tenu d'indemniser le prêteur à concurrence de quatre-vingt-quinze pour cent du montant de toute perte occasionnée à celui-ci par l'octroi d'un prêt consenti à un agriculteur et destiné, entre autres, à l'achat d'outils, de bétail et de nouvelles terres.

Règlement de 1988 sur les prêts destinés aux améliorations agricoles et à la commercialisation selon la formule coopérative et sur les droits connexes, DORS/99-122, art. 15.

L'article 15 du Règlement permet à un prêteur d'exiger une sûreté de l'une des façons suivantes : aux termes de l'article 427 de la *Loi sur les banques*, par l'enregistrement d'une sûreté conformément à la loi provinciale applicable aux biens personnels ou meubles; au moyen d'un lotissement commercial; au moyen d'une hypothèque immobilière et au moyen de la cession de tout droit ou intérêt de l'emprunteur aux termes d'un contrat de vente.

Loi sur les prêts destinés aux améliorations agricoles, L.R.C. 1985, ch. F-3, art. 10.

L'article 10 de la Loi autorise une banque à accepter comme sûreté une hypothèque sur l'exploitation agricole, ainsi qu'une cession des droits détenus par l'acheteur de l'exploitation agricole. Le paragraphe 10(2) prévoit également que la garantie de la banque est l'équivalent de la garantie donnée aux termes de la *Loi sur les banques*.

Loi sur les offices des produits agricoles, par. 22(1) et 42(1).

Les paragraphes 22(1) et 42(1) permettent à l'office, aux termes de la Loi, de procéder à toutes opérations sur un bien immeuble, notamment l'acheter, le prendre à bail ou l'acquérir d'autre façon, le grever d'un nantissement ou d'une hypothèque, ou le vendre.

Règlement sur la délivrance de permis et d'arbitrage, DORS/84-432, art. 9-11.

Les articles 9 à 11 permettent au ministre d'exiger que le marchand garantisse l'observation des conditions du permis délivré en vertu du présent règlement par une sûreté. L'omission de fournir la sûreté peut entraîner pour le marchand la suspension de son permis et la réalisation des sûretés fournies antérieurement.

ANNEXE D

Résumé des dispositions législatives et réglementaires

relatives à la propriété intellectuelle

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 57.

L'article 57 permet l'enregistrement de l'acte de cession d'un droit d'auteur ou de la licence accordant un intérêt dans ce droit. Tout acte de cession ou toute licence concédant un intérêt doit être enregistré conformément aux dispositions de la Loi afin d'être opposable à tout cessionnaire qui le devient subséquemment à titre onéreux et sans préavis.

Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 49-51.

Les articles 49 et 50 prévoient que les inventions visées par un brevet, les demandes de brevet et les brevets sont cessibles dans la mesure où ils font l'objet d'un acte par écrit. Il est important d'enregistrer les cessions de brevet étant donné que l'article 51 dispose que les cessions qui ne sont pas enregistrées conformément aux dispositions de la Loi sont nulles et de nul effet à l'égard d'un cessionnaire subséquent qui a obtenu le brevet sans préavis et qui a par la suite enregistré sa cession.

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 26.

L'alinéa 26(2)*c*) permet l'enregistrement du préavis d'une entente de sûreté dans le registre des marques de commerce, mais n'accorde aucune priorité aux personnes qui donnent un tel préavis.

ANNEXE E

Résumé des dispositions législatives et réglementaires

relatives aux biens fédéraux

Loi sur les immeubles fédéraux, 1991, ch. 50, art. 16.

Le paragraphe 16(1) habilite le gouverneur en conseil, sur la recommandation du Conseil du Trésor, à autoriser la vente, l'achat, la location ou autre forme d'aliénation d'immeubles fédéraux. Selon les dispositions de l'alinéa 16(1)*k*), le gouverneur en conseil peut aussi autoriser, au nom de Sa Majesté, l'obtention, la quittance ou la mainlevée totale ou partielle d'une hypothèque ou autre garantie se rapportant à une opération régie par la présente loi. Selon les dispositions de l'alinéa 16(2)*h*), le gouverneur en conseil peut aussi régir l'obtention, la quittance ou la mainlevée de telles garanties.

Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. 1985, ch. F-11, art. 66-70; art. 72-75.

L'article 66 définit toute créance sur Sa Majesté tandis que l'article 67 dispose que, sous

réserve des autres dispositions de la LGFP (ou de toute autre loi fédérale), les créances sur Sa Majesté sont incessibles et aucune opération est censée constituer une cession de créances sur Sa Majesté. Selon les dispositions de l'article 68, la cession de créances sur Sa Majesté n'est valide que s'il en a été donné avis et que si elle respecte des exigences techniques. L'article 69 énonce les mesures à prendre pour donner avis à Sa Majesté. Les articles 72 à 75 prévoient que la personne qui a réalisé une prestation de services ou exécuté des travaux, qui appartient à une catégorie dans le cas de laquelle les paiements sont garantis par le cautionnement et qui n'a pas reçu la totalité des paiements devient cessionnaire (avec ou sans avis) d'une créance détenue par Sa Majesté au titre d'un cautionnement.

Règlement sur la cession des dettes de la Couronne, R.C.C. ch. 675.

Ces règlements portent plus précisément sur les procédures entourant la cession de dettes de la Couronne, y compris les exigences relatives aux sociétés, sociétés de personnes et personnes.

ANNEXE F

Résumé des dispositions législatives et réglementaires

relatives aux Indiens et aux terres réservées aux Indiens

Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 21, art. 55, alinéa 64(1)*h*) et art. 89.

L'alinéa 64(1)*h*) habilite le ministre à consentir aux membres de la bande des prêts à même le capital de la bande en vue de favoriser son bien-être. Ces prêts ne doivent pas excéder la moitié de la valeur globale des biens meubles appartenant à l'emprunteur et de la terre concernant laquelle il détient ou a le droit de recevoir un certificat de possession aux termes de cette disposition, le ministre peut percevoir des intérêts et recevoir des gages à cet égard.

Le paragraphe 89(1) dispose que les biens d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve « ne peuvent pas faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution en faveur ou à la demande d'une personne autre qu'un Indien ou une bande » . Les paragraphes 89(1.1) et 89(2) prévoient deux exceptions à cette règle générale : les droits découlant d'un bail sur une terre désignée et les ententes selon lesquelles le droit de propriété ou le droit de possession demeure acquis en tout ou en partie au vendeur.

L'article 55 de la Loi crée un système d'enregistrement des terres, le « Registre des terres cédées ou désignées » , dans le cadre duquel l'enregistrement qui cède ou revendique un droit, un intérêt ou une charge, ou qui cède, grève ou touche une réserve indienne ou des terres cédées ou désignées est effectué. De plus, l'article 21 de la Loi crée un « Registre des terres de réserve » dans lequel sont inscrits les certificats de possession ou les affectations à des Autochtones.

L'article 28 prévoit que toute tentative de permettre à une personne, autre qu'un membre de la bande, d'occuper ou utiliser une réserve ou autrement exercer des droits sur une réserve (par acte, bail, contrat, instrument, document ou accord) est nul. Selon les dispositions du paragraphe 28(2), le ministre peut accorder une exception (pour une période d'un an) et autoriser une personne qui n'est pas membre de la bande à occuper ou à utiliser une réserve, ou à exercer des droits sur une réserve.

Le paragraphe 58(3) prévoit que le ministre peut louer au profit de tout Indien (à la demande de celui-ci) la terre dont ce dernier est en possession légitime.

Loi sur la gestion des terres des premières nations, S.C. 1999, ch. 24, alinéas 20(1)*a*)*b*), et par. 25(3).

Les dispositions pertinentes de la présente loi permettent l'élaboration d'un code foncier complet des premières nations par chacune des premières nations signataires. Les alinéas 20(1) *a*) et *b*) permettent aux premières nations de prendre des textes législatifs en ce qui touche les intérêts et les permis relatifs aux terres de la première nation. L'article 25 de la Loi habilite le gouverneur en conseil à créer un registre des terres des premières nations, semblable à celui

créé en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

ANNEXE G

Résumé des dispositions législatives et réglementaires

relatives aux sûretés non consensuelles

Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 314 et 317.

L'article 314 permet au ministre de prendre une garantie d'un montant à payer en vertu de la Loi. L'article n'énonce pas un plan détaillé, mais stipule seulement que le ministre peut, s'il l'estime souhaitable, accepter une garantie d'un montant et sous une forme acceptables pour lui. L'article 316 permet au ministre de délivrer un certificat qui peut être enregistré auprès de la Cour fédérale et qui a le même effet que s'il s'agissait d'une jugement. L'article 317 crée un plan en vertu duquel le ministre peut saisir-arrêter les montants à payer à partir de sommes payables au débiteur.

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985 (5e suppl.) ch. 1, art. 223, 224 et 227.

Selon les dispositions de l'article 223, le ministre peut obtenir et enregistrer un certificat en ce qui touche les montants payables en vertu de la Loi. Une fois enregistré, le certificat est réputé être un jugement de la Cour fédérale contre le débiteur d'une dette envers Sa Majesté. Les certificats peuvent aussi être déposés ou autrement enregistrés dans le but de grever d'une charge un bien-fonds.

Selon le dispositions de l'article 224, le ministre peut ordonner aux personnes sur le point d'effectuer un paiement à un débiteur fiscal de le faire au receveur général à l'égard des obligations du débiteur fiscal. L'article 224 permet aussi la saisie des montants dus à des créanciers garantis qui, n'eut été de la garantie, seraient dus au débiteur fiscal.

L'article 227 établit une fiducie réputée en ce qui touche les montants qui doivent être retenus conformément aux dispositions des règlements pris en vertu du par. 153(1) de la Loi. La Couronne a un privilège ou une sûreté sur les biens et l'actif de la personne qui doit effectuer des retenues aux termes du paragraphe 153(1). La Couronne doit veiller à libeller l'article 227 de façon à ce qu'il ait priorité absolue relativement aux réclamations concernant la TPS et les retenues à la source non remises.

Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8, tel que modifié par le S.C. 1986, ch. 6, art. 132, art. 23.

L'article 23 de la présente loi établit une fiducie réputée créée par la loi, semblable à celle créée en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ainsi, la Couronne détient une fiducie réputée créée par la loi en ce qui concerne les montants qui doivent être retenus en vertu du *Régime de pensions du Canada*.

Loi sur l'assurance-emploi, S.C. 1996, ch. 23, art. 126.

L'article 86 établit aussi une fiducie réputée créée par la loi de sorte que la Couronne détient une fiducie réputée sur les actifs du débiteur pour tout montant que ce dernier omet de remettre en vertu de la *Loi sur l'assurance-emploi*.

L'article 126 permet à la Commission de certifier une somme en application de la partie I ou II de la *Loi sur l'assurance*-emploi, immédiatement, lorsque la Commission est d'avis que la personne tenue de payer cette somme tente d'en éluder le paiement et, sinon, à l'échéance du délai de 30 jours après le défaut. En outre, si la Commission sait ou soupçonne qu'une personne doit ou va devoir bientôt payer une dette ou verser une somme à une autre personne tenue d'effectuer un versement en application de la partie I ou II de la *Loi sur l'assurance-emploi*, la Commission peut par avis signifié à personne ou expédié par service de messagerie exiger qu'elle verse au receveur général, pour imputation sur le versement en cause, tout ou partie des fonds qui seraient autrement payables à cette autre personne.

Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, ch. R-2, art. 13.

Conformément aux dispositions du paragraphe 13(1), lorsqu'une personne est condamnée pour certaines infractions précisées relatives aux radiocommunications, l'appareil radio en cause peut être confisqué au profit de la Couronne. Selon cette disposition, la Couronne est tenue de faire publier un avis de la confiscation dans la *Gazette du Canada* (par. 13(2)). Une fois cet avis publié, quiconque « revendique un droit sur cet appareil à titre de propriétaire, de créancier hypothécaire, de détenteur de privilège ou de créancier d"un droit semblable » peut requérir de toute cour supérieure compétente l'ordonnance préservant ses droits des effets de la confiscation et déclarant la nature, l'étendue et le rang de ceux-ci (art. 13(6)). En outre, le Tribunal peut ordonner soit la remise de l'appareil en cause à l'une ou plusieurs des personnes dont il constate les droits, soit le versement à celles-ci d'une somme égale à la valeur de leurs droits respectifs (art. 13(6)).

Règlement sur la garantie à l'égard des dettes dues à Sa Majesté, DORS/87-505, art.3, 4.

L'article 3 prévoit que le ministre responsable du recouvrement ou de la perception d'une dette ou d'une obligation dues à la Couronne est autorisé à recevoir une garantie (définie à l'article 4) à l'égard de la dette, de l'obligation ou de la réclamation. L'article stipule aussi que le ministre peut signer contre le règlement d'une telle dette, obligation ou réclamation tout document nécessaire pour donner quittance ou mainlevée de toute garantie reçue en égard de la dette, de l'obligation ou de la réclamation, ou contre le règlement d'une partie d'une telle dette obligation ou réclamation, tout document nécessaire pour donner quittance et mainlevée de toute garantie reçue à l'égard de cette partie de la dette, de l'obligation ou de la réclamation.

L'article 4 définit une « garantie » comme étant « un droit en faveur de Sa Majesté sur les biens immobiliers ou personnels actuels ou futurs d'un débiteur ou sur les biens personnels actuels ou immobiliers d'une personne qui est garante ou caution d'un débiteur » .

Loi sur les télécommunications , 1993, ch. 38, art. 74.1 (amendement pas encore en vigueur)

Cet article est identique à l'art. 13 de la *Loi sur la radiocommunication*, sauf qu'il traite d'appareil de télécommunication au lieu d'appareil de radiocommunication.

ANNEXE H

Résumé des dispositions législatives et réglementaires

relatives aux questions de faillite dans le contexte des sûretés fédérales

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 2, apr. 14.06(7), 30(1), etc.

Le paragraphe 14.06(7) donne à Sa Majesté du chef du Canada et à une province une « super priorité » contre le débiteur pour les frais de réparation du fait ou dommage lié à l'environnement et touchant un de ses biens immeubles. La priorité de la Couronne est une sûreté sur le bien immeuble et a priorité sur tout autre droit, charge, ou réclamation visant le bien.

Le paragraphe 30(1) donne au syndic de vastes pouvoirs pour diriger les affaires financières du failli. Ce pouvoir comprend le droit d'accepter une garantie sur les biens du failli.

L'article 47 donne au Tribunal le pouvoir de nommer un syndic à titre de séquestre intérimaire de tout ou partie des biens du débiteur faisant l'objet de la garantie sur laquelle porte le préavis visé à l'article 244. L'article 47 est conçu de façon à veiller à ce que le débiteur ne dissipe pas ses actifs durant le gel de dix jours pendant lequel les créanciers garantis ne peuvent réaliser leur garantie.

Le paragraphe 67(2) prévoit que par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens du failli ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

L'article 69 prévoit qu'en cas d'avis d'intention ou de dépôt d'une proposition, les créanciers non garantis ne peuvent prendre de mesures d'application à l'encontre du débiteur.

L'article 87 prévoit qu'un privilège créé par la loi à la seule fin de garantir une réclamation de Sa Majesté n'est valide en rapport à une faillite que s'il est enregistré.

Le paragraphe 244(1) prévoit que les créanciers garantis qui se proposent de mettre à exécution une garantie portant sur la totalité ou la quasi-totalité du stock, des comptes recevables ou des autres biens d'une personne insolvable acquis ou utilisés dans le cadre des affaires de cette dernière doivent lui en donner préavis en la forme et de la manière prescrites.

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-35, art. 2 et par. 11.8(8)

Le paragraphe 11.8(8) est semblable au par. 14.06(7) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Il donne à Sa Majesté et à la province une charge contre les biens immobiliers d'une compagnie débitrice pour les frais de réparation du fait ou dommage lié à l'environnement et touchant un de ses biens immeubles. La charge de la Couronne a priorité sur toute autre charge visant le bien en question.

Loi sur les liquidations et les restructurations, L.R.C. 1985, ch. W-11, art. 78-84

Les articles 78 à 84 prévoient un processus pour traiter les réclamations privilégiées lorsqu'une entreprise est liquidée. L'article 78 prévoit que le créancier qui a des garanties sur les biens de la compagnie doit présenter une réclamation dans laquelle il désigne la nature et le montant de ses garanties. Conformément aux dispositions de l'article 79, le liquidateur peut alors soit consentir à ce que le créancier retienne les biens et effets qui constituent les garanties, soit exiger de ce créancier la cession et remise de ces garanties. Dans ce dernier cas, la valeur de la garantie doit être payée par le liquidateur sur l'actif dès qu'il a réalisé ces garanties.

ANNEXE I

Résumé des dispositions législatives et réglementaires

relatives aux questions touchant les pensions et les prestations dans le contexte des sûretés fédérales

Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8, par. 65(1)

Le paragraphe 65(1) stipule qu'une prestation ne peut pas être cédée ni donnée en garantie. Il stipule en outre que toute opération qui vise à céder ou à donner en garantie une prestation est nulle.

Loi sur l'Association canadienne des ex-parlementaires, 1996, ch. 13, par. 7(g)

Le paragraphe 7(g) donne à l'Association le pouvoir de créer des sûretés sur des biens donnés et des biens reçus en gage pour garantir ses obligations.

Loi sur la pension de retraite de Forces canadiennes, L.R.C. 1985, ch. C-17, art. 14 et 70

L'article 14 prévoit que les prestations visées à certaines parties de la Loi ne peuvent être cédées ni données en garantie. Il prévoit aussi que les prestations sont exemptes d'exécution de saisie et de saisie-arrêt.

L'article 70 est identique à l'art. 14, sauf qu'il s'applique aux prestations données en vertu d'une partie différente de la Loi.

Loi sur l'assurance-emploi, 1996, ch. 23, art.86

L'article 86 s'applique de la même façon que l'article 227 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'article 86 crée une fiducie réputée en faveur de la Couronne pour ce qui est des montants qu'un employeur doit verser en vertu de la Loi. Tout comme pour les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'art. 86 est conçu de façon à donner à la Couronne une priorité absolue pour ce qui est des montants déduits non remis.

Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions, L.R.C. 1985, ch. G-2, art. 3.

La Loi vise à autoriser la saisie-arrêt entre les mains de la Couronne et la distraction de prestations de pension allouées par la Couronne en application de certaines circonstances. L'article 3 stipule que « nonobstant toute disposition d'une autre loi fédérale interdisant la saisie-arrêt entre les mains de Sa Majesté, il peut être procédé à des saisies-arrêts entre les mains de Sa Majesté sous le régime de la présente partie et de ses règlements d'application » . La Loi prévoit des procédures distinctes à suivre en ce qui concerne la saisie-arrêt entre les mains des ministères, des sociétés d'État, des Forces canadiennes et du Parlement.

Loi sur les prestations d'adaptation pour les travailleurs, L.R.C. 1985, ch. L-1, art. 23

L'article 23 prévoit que les prestations d'adaptation ne peuvent être cédées ni données en garantie et que toute opération en ce sens est nulle.

Loi sur les allocations de retraite des parlementaires, L.R.C. 1985, ch. M-5, art. 60

L'article 60 prévoit que les allocations et prestations prévues par la Loi ne peuvent être cédées ni données en garantie. Il est également prévu que ces allocations et prestations sont exemptes de saisie et de saisie-arrêt.

Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. 1985, ch. O-9, par. 36(1)

L'article 36 prévoit que les prestations ne doivent pas être cédées ni données en garantie et que les prestations sont exemptes d'exécution de saisie et de saisie-arrêt.

Loi sur le partage des prestations de retraite, 1992, ch. 46, par. 12(1)

Le paragraphe 12(1) prévoit que les montants qu'un conjoint ou ancien conjoint peut avoir le droit de transférer ne peuvent être cédés ni donnés en garantie. L'article stipule aussi que ces montants sont exempts d'exécution de saisie et de saisie-arrêt.

Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension, L.R.C. 1985, ch. 32 (2e suppl.), par. 36 (2)

L'article 36 stipule que toute entente ou autre arrangement visant à céder ou à donner en garantie une prestation prévue par un régime de pensions ou des sommes retirées d'un fonds de pension est nul.

Loi sur la pension de la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-36, par. 10(10) et art. 58

Le paragraphe 10(10) est semblable à de nombreuses autres dispositions législatives énoncées dans le présent article. Il dispose que les prestations ne peuvent être cédées ni données en garantie et que les prestations sont exemptes de saisie et de saisie-arrêt.

L'article 58 est identique au paragraphe 10(10), sauf qu'il s'applique aux prestations versées en vertu d'une partie différente de la Loi.

Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. 1985, ch. R-11, par. 9(7)

Le paragraphe 9(7) stipule que les prestations visées aux parties II et III de la Loi ne peuvent être cédées ni données en garantie et que ces prestations sont exemptes de saisie et de saisie-arrêt.

Loi sur les régimes de retraite particuliers, 1992, ch. 46, art. 22

L'article 22 prévoit que les prestations versées au titre d'un régime spécial de pension ou d'un régime compensatoire ne peuvent être cédées ni données en garantie et que ces prestations sont exemptes de saisie et de saisie-arrêt.

ANNEXE J

Résumé de dispositions législatives et réglementaires

Loi canadienne sur les sociétés par actions, art. 82-95, et par 189(1).

Les articles 82 à 95 décrivent la procédure qu'un syndic doit suivre en vertu d'un acte de fiducie dans le cas d'un défaut (c.-à-d. lorsqu'une garantie constituée par l'acte de fiducie devient applicable, ou lorsque le principal, l'intérêt et les autres sommes à verser y afférentes deviennent ou sont déclarées payables avant échéance). Par exemple, selon les dispositions de l'article 85, un détenteur de titres de créance émis en vertu d'un acte de fiducie peut demander au fiduciaire de fournir une liste énonçant, pour les titres de créance en circulation, les noms et adresses des détenteurs inscrits, le montant en principal des titres de chaque détenteur et le montant total en principal de ces titres. En vertu de l'article 86, l'émetteur ou la caution de titres de créance émis ou à émettre en vertu d'un acte de fiducie doivent prouver au fiduciaire qu'ils ont rempli certaines conditions imposées en l'occurrence par l'acte. Selon les dispositions de l'article 90, le fiduciaire doit donner aux détenteurs de titres de créance émis en vertu d'un acte de fiducie avis de tous les cas de défaut existants, dans les trente jours après avoir pris connaissance de leur survenance.

L'alinéa 189(1)*d*) stipule que sauf dispositions contraires des statuts, des règlements administratifs ou de toute convention unanime des actionnaires, les statuts sont réputés prévoir que le conseil d'administration peut, sans l'autorisation des actionnaires, « grever d'une sûreté, notamment par hypothèque, tout ou partie des biens, présents ou futurs, de la société, afin de garantir ses obligations » .

Loi sur les associations coopératives du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-40, art. 91-93.

L'article 90(1)*e*) autorise les administrateurs d'une association coopérative à « garantir les débentures ou autres valeurs de ce genre, ou tout autre emprunt ou engagement présent ou futur de l'association, au moyen d'une hypothèque, d'une charge ou d'un nantissement visant tout ou partie des biens - présents ou futurs – meubles ou immeubles de l'association, ainsi que tout ou partie de l'entreprise et des droits de l'association » . L'article 93 stipule qu'une association coopérative doit remettre au ministre les détails prescrits de certains types d'hypothèques ou de charges créés par les associations.

Loi canadienne sur les coopératives, 1998, ch. 1, art. 267-280.

Les articles 267 à 280 sont identiques aux articles 82 à 95 de la LCSA (décrit ci-dessus)

Loi sur les corporations canadiennes, L.R.C. 1970, ch. C-32, art. 68.

L'article 68 stipule qu'une société doit remettre au ministre les détails de certains types d'hypothèques ou de charges créés par la société.

Loi sur l'expropriation, L.R.C. 1985, ch. E-21, par. 26(10) et art. 33.

Le paragraphe 26(10) décrit la méthode pour calculer la valeur d'un droit exproprié assujetti à un droit immobilier.

L'article 33 décrit la procédure pour calculer l'indemnité à laquelle le titulaire du droit sur un terrain exproprié a droit.

ANNEXE K

Bibliographie

Babe, Jennifer E., "Problems with Securing the Farm Loan (Part 2)" (1995) 14:3 Nat'l Banking L. Rev. 35.

Belzil, François H., "Update on Crown Properties" (mars 2000) Commercial Times, nº 392.

Boodman, Martin, "The Myth of Harmonization of Laws" dans H. P. Glenn, éd., *Contemporary Law/Droit Contemporain* (Cowansville: Les éditions Yvon Blais Inc., 1992) 126.

Boodman, Martin, "The Nature and Diversity of Personal Property Security Systems in Canada" (1992) 23 R.G.D. 109.

Association du Barreau canadien, section nationale du droit des affaires, *Submission on Harmonization of Section 427 of the Bank Act and Provincial Personal Property Security Acts* (Ottawa: Association du Barreau canadien, novembre 1997).

Christie, G., "Aboriginal Rights, Aboriginal Culture and Protection" (1998) Osgoode Hall L. J. 447.

Crawford, Bradley, "Interaction Between the PPSA and Section 178 of the Bank Act" (1993) 8 B.F.L.R. 1.

Cuming, Ronald C.C. et Roderick J. Wood, "Compatibility of Federal and Provincial Personal Property Security Law" (1986) 65 Can. Bar Rev. 267.

Cuperfain, Joel, "A Canadian Central Registry for Security Interests in Aircraft: A good idea but will it fly?" (1991) 17 Can. Bus. L.J. 380.

Davies, Ward & Beck, *Taking Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act* (Toronto: Davies, Ward & Beck, June 1990).

De Corby, Roger V. and Donald H. Layh, "PPSA and Bank Act Priorities – Some Answers, Some Questions" (1996) 11 B.F.L.R. 95.

Department of Indian and Northern Affairs, *Indian Lands Registration Manual, 1998 Indian Lands Registry*, 1998.

Feldman, Michael K., "Legal Opinions in Secured Aircraft Financing Transactions" (1991) 6 B.F.L.R. 127.

Fuller, Robert S. et Donald E. Buckingham, *Agricultural Law in Canada*, Toronto, Butterworth, 1999.

Hardy, Anne E. "Court jurisdictional differences in bankruptcy discharges involving student loans or income tax liabilities" Nat. Cred. & Debt. R., décembre 1997, vol.12, nº 4, p. 49.

Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. (Toronto: Carswell, 1993).

Houlden, Lloyd W. and Geoffrey B. Morawetz, *The 1999 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*, Carswell, Scarborough, Ontario, 1999.

Industry Canada, Corporation Directorate, *Policy Statement 16.1*, 30 mars, 1998.

Law Society of Upper Canada, *Chapter 14: Secured Creditors' Rights and Remedies*, 39e cours de formation professionnelle du barreau, module du droit des affaires, automne 1997.

Macdonald, Roderick A., "Le droit des sûretés mobilières et sa réforme: principes juridiques et politiques législatives" dans Pierre Legrand Jr., éd., *Common Law d'un siècle à l'autre* (Cowansville: Les éditions Yvon Blais Inc., 1992) 423.

MacKinnon, Mark, "Big banks abandon student loan program" *Globe and Mail*, 8 mars, 2000, p. A1.

McCarthy, Shawn, "Small-business loan claims cost feds $500-million" *Globe and Mail*, 18 mars 2000, p. B4.

Mercier, Marc R. et Richard Haigh, *High-Tech Lending: Maintaining Priority in an Intangible World*, (1998) 14 B.F.L.R. 45.

Mercier, Marc R., et Joseph Marin, "Bankruptcy and Insolvency Concerns with Information Technology" (Document présenté à la conférence *Contracting for Information Technology* qui s'est tenue au Osgoode Hall Law School les 5 et 6 octobre 1998) [non publié].

McLaren, Richard H., *Secured Transactions in Personal Property in Canada*, 2e éd. (Toronto: Carswell, 1999).

Mooney, Charles W. "Exporting UCC Article 9 to an International Convention: The Local Law Conundrum", (1996) 27 *Can. Bus. L. J.* 278.

O'Connor, C.J. and D.L. Miachika, *Builders Liens 1995 Related Actions*, programme FJP, 1995.

Pask, E. Diane & Cheryl A. Hass, "Division of Pensions: The Impact of Family Law on Pensions and Pension Plan Administrators" (1993) 9 C.F.L.Q. 133.

Reiter, R.I., *The Fundamental Principles of Indian Law, Vol. I & II*, First Nations Resource Council, 1994.

Reynolds, J. I. "Security for Financing " (1993) 8 B.F.L.R. 331.

Richard, M., "Real Property in the Federal Government: An Overview of the Law Governing Federal Real Property", dans *Real Property in the Federal Government* (1997: Association du Barreau canadien).

Simpson, Jeffrey J., *Crown Possessory Liens under the Bankruptcy and Insolvency Act*, 12 Comm. Insol. R. (1999).

Tay, Derrick C., Ruper H. Chartrand, Barry I. Goldberg and Carol Hansell, *Position Paper on Revising Bank Act Security*, (janvier 1991) [non publié].

UNIDROIT, *Work Programme for the 1999-2001 triennium*; tiré de http:// www.unidroit.org/ english/workprogramme/main.htm.

Weinczok, Michael A., "*The Farm Debt Review Act*", 18 C.B.L.J. 43.

Wherritt, Jill, Parliamentary Research Branch, *Legislative Summary of Bill C-49*, 22 octobre 1998.

Wood, Roderick J., and M.I. Wylie, "Non-consensual security interests in personal property", (1992) *Alta. L. Rev.* (nº 4) 1055.

Wood, Roderick J., *Federal Law and the New Provincial Personal Property Security Regime* (Thèse de LL.M., Université York, 1982).

Wood, Roderick J., "Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank v. Sparrow Electric Corp.*" (1995) 10 B.F.L.R. 429.

Wood, Roderick J., "The Nature and Definition of Federal Security Interests" (1999) [non publié].

Woodward, Jack (Ed.), *Native Law*, Rel., 1999.

Ziegel, Jacob S., and David Denomme, "How Ontario lawyers view the Personal Property Security Act: An empirical survey" (1992) 20 Can. Bus. L.J. 90.

Ziegel, Jacob S., and Ivan R. Feltham, "Federal Law and a Uniform Act on Security in Personal Property" (1966) 9:1 Can. Bar J. 30.

Ziegel, Jacob S., "Canadian Perspectives on `How Far is Article 9 Exportable?'" (1996) 27:2 Can. Bus. L.J. 226.

Ziegel, Jacob S., "The Quest for Uniform Personal Property Security Legislation" (1989) 23 L. Soc. Gaz. 274.

Zimmerman, Colleen S., Lise Bertrand and Leslie Dunlop, *Intellectual Property in Secured Transactions*, (1991) 8 C.I.P.R. 74.

---

[1] Nous tenons à remercier les stagiaires Karen Shaver ainsi que Kevin Palframan pour l'aide précieuse qu'ils ont apportée à notre cabinet dans la réalisation des recherches et la rédaction de ce rapport.

[2] (1983) 48 C.B.R. (N.S.) 14 (C.S. Ont.).

[3] *Règles sur la faillite et l'insolvabilité* – C.R.C., ch. 368, art. 137

[4] Cette question fut également soulevée devant les tribunaux d'autres provinces, lesquels en sont arrivés à la même conclusion. Voir à cet effet les décisions suivantes : *Federal Business Development Bank* v. *Workers' Compensation Board of Nova Scotia* (1984) 11 D.L.R. (4th) 395 (C.A. N.-É.), *Federal Business Development Bank* v. *Alberta (Sheriff)* [1984] A.J. No. 226 (C.B.R. Alb.), et *Federal Business Development Bank* v. *Hillcrest Motor Inn* (1986) 6 B.C.L.R. (2d) 223 (C.S. C.-B.).

[5] La *Loi fédérale sur les prêts aux étudiants*, L.R.C. (1985), ch. S-23, le *Règlement fédéral sur les prêts aux étudiants*, DORS/93-392, la *Loi sur le financement des petites entreprises du Canada*, 1998, ch. 36, et le *Règlement sur le financement des petites entreprises du Canada*, DORS/99-141.

[6] Hardy, Anne E. « *Court jurisdictional differences in bankruptcy discharges involving student loans or income tax liabilities* » Nat. Cred. & Debt. R., Décembre 1997, vol.12, no. 4, à la page 49.

[7] *Loi fédérale sur les prêts aux étudiants*, L.R.C. (1985), ch. S-23.

[8] *Règlement fédéral sur les prêts aux étudiants*, DORS/93-392. Dans un tel cas, le gouvernement fédéral est subrogé dans tous les droits du prêteur à l'égard du prêt garanti.

[9] *Ibid.* Il faut noter toutefois que depuis les amendements apportés en 1997 à l'article 178(1) g) de la LIF, une ordonnance de libération ne libère pas des dettes constituées par des prêts aux étudiants dans les circonstances énoncées à cet article. En outre, une libération conditionnelle du failli ne peut être rendue que si la faillite survient après l'expiration des diverses échéances énoncées dans cet article. Une littérature abondante fait état des difficultés vécues à la suite de l'adoption de ces modifications.

[10] *Ibid.* Les statistiques dont il est question dans ce paragraphe ont été compilées par l'auteur Anne Hardy, *supra*, à la page 59 de son ouvrage.

[11] MacKinnon, Mark, « Big Banks Abandon Student-Loan Program » , en page A1 de l'édition du 8 mars 2000 du *Globe and Mail*.

[12] *Ibid.*

[13] *Loi sur le financement des petites entreprises du Canada*, 1998, ch. 36.

[14] *Règlement sur le financement des petites entreprises du Canada*, DORS/99-141.

[15] McCarthy, Shawn, « Small-business loan claims cost feds $500-million » , article paru dans l'édition du 18 mars 2000 du *Globe and Mail*, en page B4.

[16] *Ibid.*

[17] *Ibid.*

[18] Il n'est pas obligatoire de suivre le libellé du formulaire prescrit. En effet, l'alinéa 427(5) mentionne que le préavis peut être établi « en forme comparable » . Par exemple, dans l'affaire *Banque Royale du Canada c. MacKenzie*, [1932] R.C.S. 524, la banque avait eu recours à un formulaire différent que celui prescrit, et la validité de la sûreté fut maintenue puisqu'il s'agissait d'un document établi « en forme comparable » .

[19] Dans des versions antérieures de la Loi sur les banques, il n'était pas obligatoire d'enregistrer un préavis. Ce type de sûreté était parfois alors qualifié de « charge secrète » . La version de 1923 fut celle dans laquelle fut introduite l'obligation pour l'emprunteur de fournir à la banque un préavis de son intention de constituer une sûreté qui devait être enregistré conformément aux dispositions de la *Loi sur les banques*. Les modalités d'enregistrement des préavis sont énoncées au *Règlement sur l'enregistrement des garanties particulières des banques*, DORS/92-301.

[20] (1982), 134 D.L.R. (3d) 706 (H.C. Ont.).

[21] *Ibid.*, à la page 709.

[22] Consulter notamment les ouvrages suivants : Wood, Roderick, "The Nature and Definition of Federal Security Interests" (1999) [inédit]; Ziegel, Jacob S., "Harmonization of Section 427 of the Bank Act and Provincial Personal Property Security Acts: Is There a Better Solution?" (1997) 12 B.F.L.R. 425; De Corby, Roger V. et Donald H. Layh, "PPSA and Bank Act Priorities – Some Answers, Some Questions" (1996) 11 B.F.L.R. 95; Crawford, Bradley, "Interaction Between the PPSA and Section 178 of the Bank Act" (1993) 8 B.F.L.R. 1; Cuming, Ronald C.C. et Roderick J. Wood, "Compatibility of Federal and Provincial Personal Property Security Law" (1986) 65 Can. Bar Rev. 267; et Wood, Roderick J., *Federal Law and the New Provincial Personal Property Security Regime* (Thèse de maîtrise en droit, Université York, 1982).

[23] Il convient de souligner que les commentaires à propos des diverses questions abordées ci-après sont inspirés du document intitulé « Mémoire à propos de l'harmonisation de l'article 427 de la Loi sur les banques et des lois provinciales sur les valeurs mobilières » , présenté au ministre des Finances du Canada en 1997 par l'Association du Barreau canadien. Certaines de ces questions ont également été étudiées dans le cadre du document préparé par Derrick C. Tay, Ruper H. Chartrand, Barry I. Goldberg et Carol Hansell, sous le titre *Position Paper on Revising Bank Act Security*, (janvier 1991) [non publié].

[24] (1980), 29 O.R. (2d) 193 (C.A.).

[25] *Bank of Montreal* v. *Pulsar Ventures Inc.* (1987), 7 P.P.S.A.C. 258 (C.A. Sask.) et *Royal Bank* v. *Agricultural Credit Corp. of Saskatchewan*(1994),115D.L.R. (4th) 569 (C.A. Sask.).

[26] *Bank of Montreal* v. *Trapa Forest Products Ltd., H.S.C. Developments Ltd., et al.*, décision non publiée, Registre de Vancouver, rendue le 8 janvier 1988.

[27] *Birch Hills Credit Union Ltd.* v. *C.I.B.C.* (1988), 52 D.L.R. (4th) 113 (C.A. Sask.).

[28] Ziegel, Jacob S., "Harmonization of Section 427 of the Bank Act and Provincial Personal Property Security Acts: Is There a Better Solution?" (1997) 12 B.F.L.R. 425, à la page 429.

[29] *Ibid.*

[30] 1996, ch. 10, art. 104-106.

[31] *Ibid.*, art. 104.

[32] 1995, ch. 24, art. 12.

[33] Industrie Canada, Direction des corporations, Énoncé de politique 16.1, 30 mars 1998, par. 5.02.

[34] *Ibid.* par. 5.04.

[35] LTC, art. 104(2) et 105(3).

[36] Énoncé de politique 16.1, *supra* renvoi 32, par. 5.04.

[37] *Acte constitutionnel de 1867*, 1867 (R.-U.) ch. 3.

[38] (1976), 12 O.R. (2d) 103 (H. C. J. Ont.).

[39] L.R.C. 1970, ch. R-2.

[40] L.R.O. 1970, ch. 409.

[41] *Supra*, renvoi 37, p. 5 (QL).

[42] L.R.O. 1990, ch. R-20 et L.R.O. 1990, ch. L-5, respectivement.

[43] *Supra*, renvoi 37, par. 5.06.

[44] *Ibid.*, par. 4.01.

[45] *Ibid.*, par. 4.07.

[46] LTC, articles 104(1) et (2), et 104(4).

[47] UNIDROIT, Programme de travail pour la période triennale 1999-2001; extrait du site http:// www.unidroit.org/ french/workprogramme/main.htm.

[48] Mooney, Charles W. "Exporting UCC Article 9 to an International Convention: The Local Law Conundrum", (1996) 27 *Can. Bus. L. J.*, pages 278 à 290.

[49] Michael A. Weinczok, *The Farm Debt Review Act*, 18 C.B.L.J. 43, page 43.

[50] *Loi sur l'examen de l'endettement agricole*, L.R.C. 1985, ch. 25 (2e suppl.).

[51] *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole*, L.R.C. 1997, ch. 21, art. 12 a) et b).

[52] (1988), 70 Sask. R. 228 (C.A.).

[53] Weinczok, *supra*, renvoi 48, à la page 53.

[54] *Meridian Developments Inc. v. Toronto-Dominion Bank*, (1984), 11 D.L.R. (4th) 576.

[55] Weinczok, *supra*, renvoi 48, à la page 54.

[56] *Règlement sur la médiation en matière d'endettement agricole*, DORS/98-168, art. 3.

[57] *Ibid.*, page 62.

[58] *Arran Savings & Credit Union Ltd. v. Melnyk* (1987), 42 D.L.R. (4th) 370, 64 Sask. R. 212 (Q.B.).

[59] Weinczok, *supra*, renvoi 48, à la page 65.

[60] *Loi sur les programmes de commercialisation agricole*, L.R.C. 1997, ch. 20, art. 4.

[61] *Ibid.*, art. 2.

[62] L.R.C. (1985), ch. C-49.

[63] Robert S. Fuller & Donald E. Buckingham, *Agricultural Law in Canada*, Butterworth's, Toronto, 1999, à la page 90.

[64] L.R.C. 1993, ch. 14.

[65] L.R.C. (1985) ch. 25 (3e suppl.).

[66] L'article 2 de la loi précise que la définition du terme « prêteur » comprend « une banque ou banque étrangère autorisée, au sens de l'article 2 de la *Loi sur les banques* » . Une caisse populaire, coopérative de crédit ou société de fiducie doit au préalable être agréée comme prêteur par le ministre pour l'application de cette loi.

[67] Mercier Marc R. et Richard A. Haigh, « High-Tech Lending: Maintaining Priority in an Intangible World » , 14 B.F.L.R. 45, p. 69 [cité ci-après sous l'appellation « Mercier et Haigh »].

[68] (1991), 35 C.P.R. (3d) 384 (Cour fédérale, Division de 1ère instance).

[69] Mercier, Marc R., et Joseph Marin, « Bankruptcy and Insolvency Concerns with Information Technology » (allocution livrée lors du colloque *Contracting for Information Technology Conference* présenté à la Osgoode Hall Law School les 5 et 6 octobre 1998) [non publié] [cité ci-après sous l'appellation « Mercier et Marin »], p. 64.

[70] Zimmerman, Colleen S., Lise Bertrand et Leslie Dunlop, « Intellectual Property in Secured Transactions » , 8 C.I.P.R. 74, aux pages 89 et 90 [cité ci-après sous l'appellation « Zimmerman et al »].

[71] *Ibid.*, p. 90.

[72] (1990), 34 C.P.R. (3d) 1.

[73] [1927] 3 D.L.R. 7 (C. A. Alb.).

[74] Mercier et Marin, *supra*, renvoi 68, p. 62.

[75] *Ibid.*, page 63.

[76] Zimmerman et al., *supra*, renvoi 69, p. 81.

[77] Mercier et Haigh, *supra*, renvoi 68, p. 60.

[78] Zimmerman et al., *supra*, renvoi 69, p. 97.

[79] 1991, ch. 50, art. 1 à 22.

[80] 1867 (R.-U.).

[81] M. Richard, « Real Property in the Federal Government: An Overview of the Law Governing Federal Real Property » , sous le titre *Real Property in the Federal Government* (1997 : Association du Barreau Canadien), p. 4.

[82] *Ibid.*, p. 17.

[83] *Ibid.*, p. 34.

[84] *Ibid.*

[85] *Ibid.*, p. 35.

[86] C.R.C., ch. 675; modif. DORS/81-339, DORS/82-726, DORS/91-35, DORS/93-259, DORS/95-8. (le *Règlement*).

[87] [1994] 2 R.C.S. 765 (C.S.C.).

[88] [1994] R.J.Q., nº 1102 (C.S. Québec).

[89] [1990] B.C.J., nº 2284 (C.S. C.-B.).

[90] *Bank of Montreal v. Guarantee Co. of North America* [1991] B.C.J., nº 3264 (C.S. C.-B.).

[91] [1996] B.C.J., nº 534, p.5 (QL) (C.S. C.-B.): cet extrait est tiré d'une revue intitulée *Builders Liens 1995 Related Actions*, par O'Connor C.J. et Miachika, D.L., (1995 : CLE) et cité dans la présente cause par la Cour d'appel.

Mitchell c. Bande indienne Peguis [1990] 5 W.W.R. 97 (C.S.C.), [1990]. 2 R.C.S. (l'arrêt *Mitchell*).

[93] *Guide sur le Registre des terres indiennes, Registre des terres indiennes, 1998*, Ministère des Affaires Indiennes et du Nord, 1998, p. 4 [le *Guide*].

[94] First Nations Resource Council Indian Law Bulletin 1/91 – Legal Aspects of Delivering Finance to Reserve Resident Business Ventures, Reiter, R.I., *The Fundamental Principles of Indian Law, Vol. I & II*, (First Nations Resource Council: 1994) [le *Bulletin 1/91*].

[95] *Loi constitutionnelle de 1867*.

[96] *Loi constitutionnelle de 1867*, article 91(24).

[97] [1976] 1 R.C.S. 170 [Man.].

[98] Art. 89(1), *Loi sur les Indiens*.

[99] Reynolds, J. I., *Security for Financing*, (1993) 8 B.F.L.R. 331, p. 334.

[100] Voir le *Guide*, *supra*, renvoi 93.

[101] Reynolds, *supra*, renvoi 99, p. 337.

[102] Cf. le *Bulletin 1/91*, *supra*, renvoi 94.

[103] Reynolds, *supra*, renvoi 99, p. 338.

[104] *Webtech Controls v. Cross Lake Band of Indians*, [1991] 3 C.N.L.R. 182 (C.B.R. Man.). Ce jugement précise toutefois que bien que les sommes d'argent étaient déposées dans un compte de banque situé à l'extérieur de la réserve, les sommes garnissant le compte avaient été reçues en vertu d'un accord intervenu avec le gouvernement fédéral (i.e. Sa Majesté).

[105] « Personal Property (and off-reserve real estate) » , extrait de l'ouvrage intitulé *Native Law*, Jack Woodward (Ed.), Rel. 1999, à la page 291 [l'ouvrage *Native Law*].

[106] *Maracle v. Ontario (Minister of Revenue)*, C. Ont., Div. gén., Ottawa, nº de dossier 7325/87, décision rendue le 20 mai 1993 [non publiée].

[107] *R. v. Lovitt*, [1912] A.C. 212 (C. P.), décision mentionnée à l'arrêt *Alberta (Workers' Compensation Board) v. Enoch Band* (1993), 11 Alta. L.R. (3d) 305 (C.A.).

[108] (1989), 57 D.L.R. (4th) 647 (C.A. C.-B.).

[109] *Supra*, renvoi 92.

[110] *Mitchell*, tel que cité dans l'ouvrage *Native Law*, *supra*, renvoi 105, à la page 292.

[111] (1991), 2 P.P.S.A.C. (2d) 151 (C.A. N.-B.).

[112] *Native Law*, *supra*, renvoi 105, p. 296.

[113] Dans l'arrêt *R. v. Bernard* (1991), 118 N.B.R. (2d) 361, le tribunal a conclu qu'en vertu de l'article 89(2) de la *Loi sur les Indiens*, un vendeur peut saisir un bien vendu à un Indien lorsque ledit vendeur conserve un droit de possession à l'égard dudit bien.

[114] *Native Law*, *supra*, renvoi 105, p. 290.

[115] Reynolds, *supra*, renvoi 99, p. 342.

[116] *Ibid.*

[117] Cf. *Native Law*, *supra*, renvoi 105, p. 295.

[118] *Ibid.*

[119] *Kostyshyn (Johnson) v. West Region Tribal Council Inc.* (1992), 55 F.T.R. 48 (C. F., 1ère instance)

[120] [1992] 1 R.C.S. 877.

[121] *Dykstra v. Monture* [1999] O.J., nº 5284 (C.S. Ont.).

[122] *Native Law*, *supra*, renvoi 105, p. 298.

[123] *Ibid.*

[124] Jill Wherritt, Direction de la recherche parlementaire. Résumés législatifs du projet de loi C-49, (22 octobre 1998).

[125] *Native Law, supra,* renvoi 105, p. 297.

[126] Reynolds, *supra,* renvoi 99, p. 343.

[127] *Bulletin 1/91, supra,* renvoi 94, p. 6.

[128] L.C. 1999, ch. 24.

[129] *Loi sur la gestion des terres des premières nations,* art. 15.

[130] *Loi sur la gestion des terres des premières nations*, art. 18(2).

g[131] *Native Law,* supra, renvoi 105, p. 298.3.

[132] G. Christie, « Aboriginal Rights, Aboriginal Culture and Protection » (1998) Osgoode Hall L. J. 447, p. 476.

[133] Wood, R.J. & Wylie, M.I., « Non-consensual security interests in personal property » , (1992) *Alta. L. Rev.* (No. 4) 1055.

[134] L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 314 et 317.

[135] *Ibid.*, art. 314.

[136] L.R.C. 1985 (5e suppl.) ch. 1, art. 223, 224 et 227.

[137] *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945, art. 2200-2201.

[138] L.R.C. 1985, ch. C-8, modif. L.C. 1986, ch. 6, art. 132.

[139] L.C. 1996, ch. 23.

[140] DORS/87-505, art. 3 et 4.

[141] *Loi sur la radio*, L.R.C. 1985, ch. R-2; *Loi sur les télécommunications*, 1993, ch. 38. L'article 74.1 n'a pas encore été mis en vigueur.

[142] En vertu de l'article 462.37 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, le tribunal est tenu d'ordonner la confiscation au profit de Sa Majesté les biens qui constituent des produits de la criminalité.

[143] D'autres lois fédérales ont pour effet de créer des charges visant les frais de réparation de dommages environnementaux et comportant une priorité exceptionnelle sont créées en vertu d'autres lois fédérales. Par exemple, les articles 14.06(7) of the *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 et l'article 11.8(8) de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36,créent des charges non consensuelles visant à garantir le paiement des frais de réparation encourus par la Couronne pour des dommages liés à l'environnement, dans le contexte d'une restructuration par le séquestre ou d'une faillite, selon le cas.

[144] Wood, R.J., « Revenue Canada's Deemed Trust Extends Its Tentacles: *Royal Bank v. Sparrow Electric Corp.* » (1995) 10 B.F.L.R., 429, p. 430.

[145] Wood & Wylie, *supra,* renvoi 133, p. 8 (QL).

[146] *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.* (1997), 143 D.L.R. (4h) 385, p. 399.

[147] *Loi de l'impôt sur le revenu*, art. 227(5), modif. par L.C. 1986, ch. 6, art. 118(1).

[148] *Sparrow, supra,* renvoi 148.

[149] *Sparrow, supra,* renvoi 148, p. 429.

[150] *Ibid.*, p. 386.

[151] *Sparrow, supra* note 148.

[152] Belzil, François H., « Update on Crown Priorities » , *Commercial Times*, nº 392.

[153] *Loi de l'impôt sur le revenu*, art. 227(4).

[154] *Re San Diego Catering*, [1995] B.C.J. nº 654 (C. S. C.-B.).

[155] [1999] B.C.J. nº 670, appel en instance devant la Cour d'appel.

[156] À la page 7 de l'arrêt *Tuxedo.* (QL).

[157] *Ibid.*

[158] Belzil, *supra,* renvoi 154.

[159] [1999] S.J. nº 738 (C.B.R. Sask.).

[160] *Ibid.*, p. 5 (QL).

[161] Belzil, *supra*, renvoi 154. Cependant, tel que mentionné précédemment, le projet de loi C-24, présentement à l'étape de la deuxième lecture, vise à harmoniser les dispositions en matière de fiducie présumée de la LIR et de la LTA.

[162] *Ibid.*, p. 2.

[163] *Ibid.*, p. 2.

[164] *Ibid.*, p. 2.

[165] [1996] 1 R.C.S. 963.

[166] *Supra,* renvoi 161.

[167] *Supra,* renvoi 157, p. 3.

[168] *Ibid.*

[169] *Ibid.*

[170] *Tuxedo, supra,* renvoi 157; *Board of Industrial Relations c. Avco Financial Services Realty Ltd.* [1979] 2 R.C.S. 699.

[171] *Avco, supra,* renvoi 171.

[172] Wood & Wylie, *supra*, renvoi 133.

[173] *Ibid.*, 24 (QL).

[174] Houlden, Lloyd W. et Geoffrey B. Morawetz, *The 1999 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*, Carswell, Scarborough (Ontario) 1999, à la page 488.

[175] *Barreau du Haut-Canada*, 39e session des cours d'admission au Barreau,Phase Trois, automne 1997, Droit commercial – Chapitre 14, Droits et recours des créanciers garantis, à la p. 5.

[176] *Loi sur la location commerciale*, L.R.O. 1990, ch. L. 7, par. 31(2).

[177] *Ibid.*, p. 6.

[178] *Ibid.*, p. 7.

[179] *Ibid.*, p. 22.

[180] *Ibid.*, p. 23.

[181] *Re Josephine V. Wilson Family Trust and Swartz* (1993), 23 C.B.R. (3d) 88, 16 O.R. (3d) 268, 107 D.L.R. (4th) 160 (Div. gén.).

[182] *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985 (2e suppl.), ch. 1.

[183] *Resource Plastics Inc. v. W. Pickett & Bros. Customs Brokers Inc.* (1995), 36 C.B.R. (3d) 231 (Div. gén. Ont.).

[184] Simpson, Jeffrey J., *Crown Possessory Liens under the Bankruptcy and Insolvency Act*, 12 Comm. Insol. R. (1999), p. 2.

[185] *Ibid.*, p. 6.

[186] Cf. le préambule de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension.*

[187] Les provinces ont aussi chacune peur propre législation en matière de retraite. Par exemple, en Ontario, la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P. 8, précise que « la présente loi s'applique à tous les régimes de retraite offerts aux personnes qui sont employées en Ontario » . Ainsi, les lois fédérales et provinciales sont toutes les deux mises à contribution pour régir les régimes de pensions et de retraite.

[188] L.R.C. (1985), ch. G-2, art. 3.

[189] Articles 31 à 40.1 de la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions.*

[190] La *Loi sur le partage des prestations de retraite*, L.R.C. 1992, ch. 46 (loi mise en vigueur le 30 septembre 1994), à l'article 107, permet à un conjoint ou un ancien conjoint (en présentant soit une ordonnance d'un tribunal, soit un accord de séparation) de demander au ministre le partage des droits de ce conjoint dans les prestations de retraite. En vertu de l'article 8, le ministre peut effectuer le partage suivant diverses modalités, dont par : a) le transfert du montant qui correspond à cinquante pour cent de la valeur des prestations de retraite acquises, soit à son conjoint ou ancien conjoint; b) le transfert à un régime de pension agréé en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu; c) le transfert à un régime ou fonds d'épargne retraite, ou d) le transfert des sommes à un établissement financier autorisé à vendre des rentes viagères ou différées. En vertu du même article, le ministre peut réviser les prestations de retraite acquises au titre du régime par le participant. Enfin, en vertu de l'article 12, les montants qu'un conjoint ou ancien conjoint peut avoir le droit de transférer en vertu de l'article 8 sont, en droit et en équité, exempts d'exécution, de saisie et de saisie-arrêt.

[191] Pask, E. Diane & Cheryl A. Hass, « Division of Pensions: The Impact of Family Law on Pensions and Pension Plan Administrators » (1993) 9 C.F.L.Q. 133.

[192] *Wiebe v. Wiebe*, [1988] S.J., nº 766.

[193] 13 R.F.L. (3d), p. 11.

[194] *Wiebe*, *supra*, renvoi 188.

[195] *Re Beattie et Ladouceur (Procureur général du Canada, Intervenant)*, (1995) 23 O.R. (3d) 225.

[196] *H. (S.) v. L. (R.D.)* (1996) 13 C.C.P.B. 8 (B.C.S.C.).

[197] (1998) 19 C.C.P.B. 67 (Alberta).

[198] (1994) 27 C.B.R. (3d) 238 (Cour de justice de l'Ontario). Cependant, dans une décision récente, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan n'a pas souscrit à l'analyse du tribunal dans l'arrêt *Re Burton*, statuant que les paiements effectués en vertu du Régime de pensions du Canada n'étaient pas des biens dans le contexte d'une faillite (*Re Bird* [2000] S.J., nº 21.

[199] [1993] M.J., nº 110 (C.B.R. Man.).

[200] (1998), 39 O.R. (3d) 176 (C.A. Ont.), *Abraham v. Coopers & Lybrand Ltd.* (1993), 13 O.R. (3d) 649 (Div. gén. Ont.) maintenu; permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada en réf. le 5 novembre 1998, [1998], sous le nº 276.

[201] *Ibid.*, p. 698.

[202] *Ibid.*

[203] *Ibid.*, p. 188.

[204] [1997] O.J. nº 39 (Q.L.) 6.

[205] *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, par. 65(1), (1.1); *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, par. 36(1).

[206] *Re Municipality of Metropolitan Toronto and O'Brien; Canadian Imperial Bank of Commerce, Garnishee* (1995) 23 O.R. (3d) 543 (Div. gén. Cour de l'Ontario).

[207] *Norman A. Mintzer v. Her Majesty the Queen*, (1995) 96 D.T.C. 5131 (F.C.A.).

[208] *Ibid.*

[209] L.R.C. (1985), ch. C-44.

[210] L.R.C. 1998, ch. 1.

[211] L.R.C. 1970, ch. C-32.

[212] L.R.C. (1985), ch. E-21.

[213] Roderick J. Wood, « The Nature and Definition of Federal Security Interests » , tel qu'au renvoi 21.

[214] Ibid.